Geburtenregelung und Abtreibung

Ein Diskussionsbeitrag zu ihrer strafrechtlichen Abgrenzung unter Berücksichtigung neuer medizinischer Erkenntnisse

Christoph Forster

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546010_0057

GEBURTENREGELUNG UND ABTREIBUNG

Ein Diskussionsbeitrag zu ihrer strafrechtlichen Abgrenzung
unter Berücksichtigung neuer medizinischer Erkenntnisse

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Christoph Forster

1968

LEIDIG-Druck, 8 München-2, Dachauerstr. 46/I, Tel. 59 21 24

Referent: Professor Dr. jur. Paul BOCKELMANN
Korreferent: Professor Dr. jur. Reinhart MAURACH

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Februar 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
Vorbemerkung:	Anlaß und Ziel dieser Untersuchung	1
Kapitel 1:	Die heutige Sach- und Rechtslage zu § 218 StGB	2
I.	Einführung in die Problematik und den Aufbau der Arbeit	2
II.	Darstellung der biologisch-medizinischen Vorgänge um Befruchtung und Frühentwicklung des menschlichen Keimes	6
III.	Arten, Anwendung und Wirkungsweise der neuen Geburtenregelungsmittel	11
IV.	Die Rechtslage zu § 218 StGB	14
	1. Die Aussagen des strafrechtlichen Schrifttums zur Frage des Beginns der Eigenschaft als Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB	14
	2. Die Gründe für das Fehlen einer eingehenden Untersuchung dieser Frage in Schrifttum und Rechtsprechung	16
	3. Die strafrechtlichen Erfordernisse als alleinige Entscheidungskriterien im StGB; hier zwischen §§ 217 und 218 StGB	16
Kapitel 2:	Entwicklung und Wandel der Begründungen für die Bestrafung der Abtreibung in der Geschichte	18
I.	Bei den Völkern des Altertums, die unsere Kultur beeinflußten	18
II.	Im frühen Christentum	19
III.	Die Übernahme der kirchlichen Motive und Wertungen in das weltliche Recht	20

		Seite
IV.	Die Fortentwicklung in den Partikularrechten	22
V.	Die Weiterentwicklung im 19. Jahrhundert	23
VI.	Der Wandel in den Anschauungen seit 1871	25
VII.	Die ausschließlich bevölkerungspolitische Begründung im Dritten Reich und die Restauration der Motive nach 1945	27
VIII.	Erstes Zwischenergebnis	28
Kapitel 3:	Die unterschiedliche Bewertung der Leibesfrucht und ihre funktionalen Folgen	29
I.	Die unterschiedliche Bewertung der Leibesfrucht	29
	1. In verschiedenen Zweigen der Juristenschaft	29
	2. Im außerjuristischen Bereich	31
	3. Die beiden Meinungen, mit denen die Abtreibungsbestrafung heute hauptsächlich begründet wird	32
II.	Die funktionalen Folgen der unterschiedlichen Bewertung der Leibesfrucht	34
	1. Für die Bestimmung des Unrechtsgehalts der Abtreibung	34
	2. Zur Frage des Beginns der Normwirkung von § 218 StGB	36
	3. Zweites Zwischenergebnis	37

Seite

Kapitel 4: Die außerjuristischen Begründungen zur Wesensnatur der Leibesfrucht und zum Befruchtungszeitpunkt; ihre Bedeutung und kritische Untersuchung 38

I. Welchen Einfluß haben nichtrechtliche Gegebenheiten und Erkenntnisse auf die Behandlung von Rechtsfragen 38

1. Besteht eine Abhängigkeit des Rechts von den Ergebnissen außerjuristischer Wissenschaften 38

2. Gibt es "Vorgegebenheiten" des Rechts 40

3. Die Auswirkungen der "Natur der Sache" auf das Recht 41

4. Drittes Zwischenergebnis 42

II. Die außerrechtlichen Begründungen im einzelnen 43

1. Die medizinischen Argumente und die Aussage des § 218 StGB 43

2. Die biologischen, biologisch-anthropologischen und philosophisch-biologischen Begründungen und ihre Bedeutung für die Aussage des § 218 StGB 44

3. Kritik und Vergleich der naturwissenschaftlichen Argumente für den Befruchtungszeitpunkt an Hand spezieller neuer Forschungsergebnisse 50

4. Bedeutung und Kritik der philosophisch-anthropologischen und der philosophischen Begründungen 53

5. Die Bedeutung der theologischen Standpunkte für die Frage des Beginns der Leibesfrucht 56

6. Viertes Zwischenergebnis 57

		Seite
Kapitel 5:	Die Lösung rechtlicher Fragen durch Auslegung des Gesetzes; hier Interpretation des § 218 StGB	59
I.	Methoden und Ziele der Auslegung	60
II.	Die Wortauslegung	61
III.	Die systematische Auslegung	64
IV.	Zur historischen Auslegung	67
V.	Fünftes Zwischenergebnis	69
Kapitel 6:	Die teleologische Auslegung des § 218 StGB	70
I.	Die heute vertretenen Begründungen des Abtreibungsverbots	70
II.	Die Richtigkeit der herrschenden Meinung hinsichtlich der Bewertung der Leibesfrucht und der Erforderlichkeit ihres Schutzes	72
III.	Welche biologische Erscheinungsform des vormenschlichen Lebens muß nach der Teleologie des § 218 StGB geschützt werden	74
	1. Der Befruchtungszeitpunkt und Sinn und Zweck des Abtreibungsverbots	74
	2. Die Beeinflussung der Entscheidung für den Befruchtungszeitpunkt durch die damalige Normsituation	75
	3. Die biologische Bedeutung der Nidation und die Teleologie des § 218 StGB	76
	4. Sechstes Zwischenergebnis	78
IV.	Die frühere und die heutige typische Normsituation und die Teleologie des § 218 StGB	79
V.	Ergebnis	82

		Seite
Kapitel 7:	Sekundäre Gründe des Abtreibungsverbots und Nidationszeitpunkt	84
I.	Der bevölkerungspolitische Gesichtspunkt	84
II.	Die gesundheitspolitischen Bedenken	87
III.	Abtreibungsverbot und öffentliche Sittlichkeit	90
Kapitel 8:	Grundgesetz und Schutz der Leibesfrucht	92
I.	Die Bedeutung der Grundrechte des Grundgesetzes für die Leibesfrucht	92
	1. Die Leibesfrucht und die Grundrechte der Art. 1 Abs. I und 2 Abs. II S. 1 GG	92
	2. Der Mensch als alleiniger Träger der Grundrechte	96
II.	Rechtsstaatliche Bedenken gegen die Beibehaltung der herrschenden Auslegung des § 218 StGB	99
	1. Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung	99
	2. Das Rechtsstaatsprinzip als Begrenzungsbegriff für staatliche Eingriffe und seine Auslegungsbedürftigkeit im Einzelfall	100
	3. Der Wandel des Deliktscharakters vom Erfolgs- zum abstrakten Gefährdungsdelikt in einem Teilbereich des § 218 StGB	102
	4. Das Verbot des Formenmißbrauchs als rechtsstaatliches Prinzip und seine Auswirkungen auf die Auslegung des § 218 StGB	106
Schlußbemerkung:	Zusammenfassung und Vergleich mit dem Recht des Auslands	110

LITERATURVERZEICHNIS

Ackermann, Heinrich	Grundfragen der Bereinigung des Strafgesetzbuches (Vortrag auf dem 39. deutschen Juristentag) Tübingen 1952
Ärzteschaft des Kreises Ulm	Ulmer Denkschrift (Zur Frage der Geburtenbeschränkung) in: Deutsches Ärzteblatt 1965, 2138
Ahlfeld, Friedrich	Nasciturus Leipzig 1906
Albrecht, Grete	Stellungnahme des Deutschen Ärztinnenbundes zur Frage der "ethischen Indikation" in: Ärztliche Mitteilungen 1962, 2260
Algermissen, Konrad	Das werdende Menschenleben im Schutz der christlichen Ethik 3. Aufl., Celle 1948
Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern	(Nach den Protokollen des königlichen geheimen Raths) Bd. 2, München 1813
Bachof, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats in: VVDStL Heft 12 (1954)
Bauer, Fritz	Wertordnung und pluralistische Gesellschaft in: Die deutsche Strafrechtsreform München 1967
Baumann, Jürgen I	Strafrecht, Allgemeiner Teil 3. Aufl., Bielefeld 1964
Baumann, Jürgen II	Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht in: MDR 1958, 394

Baumann, Jürgen III	Die Reform des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches in: Die deutsche Strafrechtsreform München 1967
Baumeister - Smets	Das Lebensrecht der Ungeborenen Mainz 1955
Becker, Walter	Zur Frage der humanitären oder Vergewaltigungs-Indikation in: Recht der Jugend 1964, 38
Beckmann, Joachim	Geburtenregelung als ethisches Problem Stuttgart 1963
Behrmann, Hans-Alfred	Das Verbrechen der Abtreibung Diss. Würzburg 1919
Bender, Bernd	Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Gesetzesauslegung in: MDR 1959, 441
Berliner Ärzteblatt	Paradoxie der Moral (Sind Abtreibungen ungefährlicher als Geburten ?) in: Berliner Ärzteblatt Jg. 77 (1964) Heft 7
Blei, Hermann	Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung im Strafgesetzentwurf 1962 in: FamRZ 1962, 403
Bockelmann, Paul I	Verkehrssoziologie und Verkehrsrecht in: Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Schriftenreihe der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft Hamburg Band 4) Hamburg 1967
Bockelmann, Paul II	Strafrechtliche Untersuchungen Göttingen 1957
Bockelmann, Paul III	Einführung in das Recht München 1963

Bockelmann, Paul IV	Richter und Gesetz in: Festgabe für Rudolf Smend Göttingen 1952
Bockelmann, Paul V	Das Problem der Zulässigkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen in: Universitätstage 1964 (Veröffentlichungen der Freien Universität Berlin) Berlin 1964
Boenig - Bertolini	Leitfaden der Entwicklungsgeschichte des Menschen Leipzig 1960
Bogs, Harald	Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen (Reihe "res publica", Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 15) Stuttgart Berlin Köln Mainz 1966
Bogs, Walter	Der Rechtsschutz des Ungeborenen unter besonderer Berücksichtigung des Sozialrechts in: Recht der Jugend 1963, 296
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz Hamburg 1950 ff
Borcherding, Friedrich	Die Abtreibung der Leibesfrucht nach dem Reichsstrafgesetzbuch in alter und neuer Fassung Diss. Münster 1926
Burmeister, Joachim	Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung Berlin und Frankfurt a. M. 1966
Canaris, Claus-Wilhelm	Die Feststellung von Lücken im Gesetz (Schriften zur Rechtstheorie Heft 3) Berlin 1964
Conrad-Martius, Hedwig	Abstammungslehre 2. Aufl., München 1949

Cramer, Peter	Der Vollrausch als abstraktes Gefährdungsdelikt Tübingen 1962
Devereux, George	A study of abortion in primitive societies London 1960
Döring, Gerd K.	Empfängnisverhütung (Ein Leitfaden für Ärzte) Stuttgart 1966
Dotzauer, Günther	Abtreibung in: Handwörterbuch der Kriminologie Hrsg. Sieverts Bd. 1 A-K Berlin 1966
Ebbinghaus, Julius	Das Lebensrecht des Nasciturus und das Verbot der Schwangerschaftsunterbrechung in: FamRZ 1959, 93
Eckardt, Wolf-Dieter	Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung (Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 14) Berlin 1964
Eckl, Norbert	Der Einfluß sozialer Anschauungen und Wertungen auf die Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten, der Abtreibung und der Körperverletzung Diss. München 1962
Ehinger - Kimmig	Ursprung und Entwicklungsgeschichte der Bestrafung der Fruchtabtreibung München 1910
Engelhardt, Hanns I	Mensch - Staat - Gewissen in: FamRZ 1959, 133
Engelhardt, Hanns II	Das Lebensrecht des Nasciturus und das Verbot der Schwangerschaftsunterbrechung in: FamRZ 1958, 267
Engisch, Karl I	Einführung in das Juristische Denken 2. Aufl., Stuttgart 1956 3. Aufl., Stuttgart 1964
Engisch, Karl II	Zur "Natur der Sache" im Strafrecht (Ein Diskussionsbeitrag) in: Festschrift für Eberhard Schmidt Göttingen 1961

Engisch, Karl III — Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht
Berlin 1930

Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch
(Veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums)
Dritter Teil: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919
Berlin 1920

Entwurf eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz (E 1959 I)
Bonn 1959

Entwurf eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in zweiter Lesung zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz (E 1959 II)
Bonn 1959

Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) mit Begründung
(E 1962)
Bonn 1962

Fechner, Erich — Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Heft 174
Tübingen 1953

Ferner, Helmut — Grundriß der Entwicklungsgeschichte des Menschen
8. Aufl., München, Basel 1964

Fischer, Johann — Die Abtreibung
Hamburg 1966

Forsthoff, Ernst I — Die Umbildung des Verfassungsgesetzes
in: Festschrift für Carl Schmitt
Berlin 1959

Forsthoff, Ernst II	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats in: VVDStL Heft 12 (1954)
Frank, Reinhard	Kommentar zum StGB 18. Aufl., Tübingen 1931
Fricke, Georg	Das Verbrechen der Abtreibung Diss. Leipzig 1909
Friedeburg, Ludwig	Die Umfrage in der Intimsphäre in: Beiträge zur Sexualforschung Heft 4 Stuttgart 1953
Gesenius, Heinrich I	Empfängnisverhütung 2. Aufl., München Berlin 1959
Gesenius, Heinrich II	Zur Rehabilitation des Gräfenberg-Ringes in den Vereinigten Staaten in: Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1965, 38
Gesenius, Heinrich III	Frauenärztliche Gedanken zum Entwurf des § 140 StGB (bisherigen § 218) in: Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1961, 772
Giesen, Wilhelm	Grundsätzliches zur Frage der Schwangerschafts-unterbrechung Tübingen 1948
Gössler, Klaus	Vom Wesen des Lebens Berlin 1964
Goetzeler, Richard	Die rechtsstaatliche Funktion des Gesetzes in ihrem Verhältnis zur Gerechtigkeitsidee und zur Praktikabilität auf dem Gebiet des Strafrechts in: ZStW Bd. 63 (1951)
Grotjahn - Radbruch	Die Abtreibung der Leibesfrucht (2 Gutachten) Berlin 1921
Grünwald, Gerald	Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege" in: ZStW Bd. 76, 1

Guardini, Romano	Das Recht des werdenden Menschenlebens Stuttgart - Tübingen 1949
Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag	Bonn 1958
Haas, Johannes	Der Ursprung des Lebens (Ergebnisse und Probleme der Biogenesis-forschung unter besonderer Berücksichtigung der sowjetischen Forschungsergebnisse) München 1964
Hälschner,	Zur Auslegung der §§ 218 und 219 des deutschen StGB's in: Der Gerichtssaal Bd. 32
Haller, Jürgen	Ovulationshemmung durch Hormone Stuttgart 1965
Hamann, Andreas I	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 2. Aufl., Berlin 1961
Hamann, Andreas II	Grundgesetz und Strafgesetzgebung Berlin und Neuwied 1963
Hanack, Ernst Walter	Künstliche Eingriffe in die Fruchtbarkeit (Empfängnisverhütung, Sterilisation, Schwangerschaftsunterbrechung) in: Arzt und Recht München 1966
Harmsen, Hans	Zur sozialhygienischen Problematik der Gesetzgebung betreffend Schwangerschaftsunter-brechung und Abtreibung in Mitteldeutschland (Veröffentlichungen der Akademie für Staats-medizin in Hamburg Bd. VIII) Hamburg 1957
Hartmann, Nicolai	Möglichkeit und Wirklichkeit Berlin 1938

Heinitz, Anton	Die Straftaten wider das keimende Leben Diss. Leipzig 1911
Heiss, Herbert	Die Abortsituation in Europa und in außereuropäischen Ländern (Beilageheft zu Band 166 der Zeitschrift für Geburtshilfe) Stuttgart 1967
Henkel, Heinrich	Einführung in die Rechtsphilosophie München und Berlin 1964
v. Hentig, Hans	Die unbekannte Straftat Berlin - Göttingen - Heidelberg 1964
Hofer, Hans	Kritische Analyse der Schwangerschaftsunterbrechungen von 1956 - 1961 Diss. Bern 1963
Honig, Richard	Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches (Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung Nr. 86) Berlin 1965
Horch, Hermann	Das Verbrechen der Abtreibung Diss. Gießen 1878
Hübner, Jürgen	Theologie und biologische Entwicklungslehre München 1966
Hürth, Franz	Zum Eingriffsrecht in das keimende Leben in: Stimmen der Zeit Bd. 116 (1928)
Jagusch, Heinrich	Die Praxis der Strafzumessung (Sonderausgabe aus dem Leipziger Kommentar zum StGB, 8. Aufl.) Berlin 1956
Jürgens, Hans W.	Familiengröße und Bildungsweg Stuttgart 1964
Jungmann, Robert	Das Verbrechen der Abtreibung München 1893

Karpf, Hans-Joachim — Die rechtliche Problematik des artifiziellen Abortes in ethisch indizierten Fällen
Diss. Köln 1965

Katholische Akademie in Bayern, Studien und Berichte der - Offene Fragen zwischen Ärzten und Juristen
Heft 20
Würzburg 1963

Kern, Eduard I — Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims
in: Die Grundrechte Bd. II
Berlin 1954

Kern, Eduard II — Der Rechtsstaatsgedanke im Strafrecht und Strafverfahrensrecht von der Reichsgründung bis zur Gegenwart
in: Freiburger Universitätsreden
Heft 9
Freiburg 1933

Kirchhoff, Heinz — Zum umstrittenen Problem der Kontrazeption durch intrauterine Pessare
in: Deutsches Ärzteblatt 1966, 2137 und 2322

Klee, Karl — Der Einfluß der Volksanschauung auf die strafrechtliche Praxis des Reichsgerichts
in: Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. 5
Berlin - Leipzig 1929

Klug, Ulrich — Diskussionsbeitrag
in: Sittlichkeitsdelikte
(Arbeitstagung im Bundeskriminalamt Wiesbaden vom 20. April bis 25. April 1959 über die Bekämpfung der Sittlichkeitsdelikte)
Wiesbaden 1959

Koch, Hans-Jörg — Beschränkte Aufhebung des § 218 StGB ?
in: NJW 1959, 2294

Kohlrausch - Lange — Strafgesetzbuch
43. Aufl., Berlin 1961

Krauß, Detlef	Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht in: ZStW Bd. 76 (1964)
Krüger, Hildegard	Die Verfassungswidrigkeit der lex Schörner in: DVBl 1955, 791
Laennec-Studie	Die Geburtenregelung München 1962
Lang-Hinrichsen, Dietrich	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform (Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag) Tübingen 1960
Lange, Richard I	Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung in: Berliner Kundgebung 1952 des Deutschen Juristentags Tübingen 1952
Lange, Richard II	Die moderne Anthropologie und das Strafrecht in: Schuld Verantwortung Strafe Zürich 1964
Larenz, Karl I	Methodenlehre der Rechtswissenschaft Berlin - Göttingen - Heidelberg 1960
Larenz, Karl II	Der "Bedeutungswandel" der Rechtsnormen und seine Berücksichtigung in der Rechtsprechung in: DRiZ 1959, 306
Lauerer, Sophie	Wann beginnt das Leben der menschlichen Person ? in: Theologie der Gegenwart 1966, 222
Leibholz - Rinck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts) Köln 1966
Leipziger Kommentar	StGB 8. Aufl., 1958
Lerche, Peter	Übermaß und Verfassungsrecht Köln 1961

Less, Günter	Genügt "Bedingtes Wollen" zum strafbaren Verbrechensversuch ? in: Goltdammer's Archiv 1956, 33
Lewin, Louis	Die Fruchtabtreibung durch Gifte und andere Mittel 3. Aufl., Berlin 1922 4. Aufl., Berlin 1925
Listl, Joseph	Strafrecht und Moral (Umstrittene Fragen der Strafrechtsreform) in: Stimmen der Zeit Bd. 179 (1967) Heft 4
Löbsack, Theo I	Dem Lebensrätsel auf der Spur in: Kosmos 62. Jg. (1966) Heft 4
Löbsack, Theo II	Nur noch Wunschkinder ? München 1966
Malaniuk, Wilhelm	Die Abtreibung und verwandte Delikte als Rechtsproblem Graz - Wien - Köln 1956
Mampell, Klaus	Die Entwicklung der lebenden Welt (aus der Sicht der modernen Abstammungs- und Vererbungslehre) München 1962
v. Mangoldt - Klein	Das Bonner Grundgesetz Bd. I 2. Aufl., Frankfurt 1957
Martin, Ludwig I	Tötung der Leibesfrucht und Strafgesetz in: FamRZ 1959, 351
Martin, Ludwig II	Nochmals: Die Revisionsbedürftigkeit des § 218 StGB aus bevölkerungspolitischer Sicht. in: NJW 1959, 468
Martius, Heinrich	Lehrbuch der Geburtshilfe 6. Aufl., Stuttgart 1964
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht 15. Aufl., München und Berlin 1966

Maunz - Dürig — Grundgesetz
(Kommentar Stand März 1966)
2. Aufl., München 1964

Maurach, Reinhard — Deutsches Strafrecht
Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965;
Besonderer Teil 4. Aufl.;
Karlsruhe 1964

Menger, Christian-Friedrich — Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz
in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Heft 173
Tübingen 1953

Mezger, Edmund — Der Tatbestand im Strafrecht
(Sonderdruck aus der Festschrift für Maurović zu seinem sechzigsten Geburtstage)
Beograd 1934

Mezger - Blei — Strafrecht II (Besonderer Teil)
8. Aufl., Berlin 1964
9. Aufl., Berlin 1966

Michel, — Die verfassungskonforme Auslegung
in: JuS 1961, 280

Niedermeyer, Albert — Schwangerschaft, Abortus, Geburt
in: Handbuch der speziellen Pastoralmedizin
Bd. 3
Wien 1952

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission — Bd. 7 Besonderer Teil 67. - 75. Sitzung
Bonn 1959

Niethammer, Emil — Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts
Tübingen 1950

Nipperdey, Hans Carl — Die Würde des Menschen
in: Die Grundrechte Bd. 2
Berlin 1954

Oesling-Voss, Wolfgang	Gretchenfrage für die evangelische Sozialethik in: Deutsches Ärzteblatt 1962, 2377
Olshausen, Justus	Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. II 11. Aufl., Berlin 1927
Oparin, Alexander	Das Leben, seine Natur, Herkunft und Entwicklung Jena 1963
Overhage, Paul	Tier und Mensch in: Stimmen der Zeit Bd. 168 (1961) Heft 9
Ploss, H.H.	Zur Geschichte, Verbreitung und Methode der Fruchtabtreibung Leipzig 1883
Rietzsch,	Die Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft in: Deutsche Justiz 1943, 228 und 241
Roxin, Claus I	Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit in: JuS 1964, 53
Roxin, Claus II	Sinn und Grenzen staatlicher Strafe in: JuS 1966, 377
Ruff, Wilfried	Das embryonale Werden des Individuums in: Stimmen der Zeit Bd. 181 (1968) Heft 2
Salm, Karl	Das versuchte Verbrechen Karlsruhe 1957
Sauer, Wilhelm	System des Strafrechts Besonderer Teil Köln Berlin 1954
Sax, Walter	Grundsätze der Strafrechtspflege in: Die Grundrechte Bd. III 2. Halbbd. Berlin 1959

Schack, Friedrich	Die verfassungskonforme Auslegung in: JuS 1961, 269
Schaffstein, Friedrich	Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht (Sonderausgabe aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Richard Schmidt Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 91) Leipzig 1934
Scherbius, O.	Ein Beitrag zur Lehre von der Abtreibung Diss. Heidelberg 1909
Scheuner, Ulrich	Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960 Bd. II Karlsruhe 1960
Schinke, Sabine	Untersuchungen über die Häufigkeit krimineller Aborte Diss. Gießen 1964
Schmid, Werner	"Bedingter Handlungswille" beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen in: ZStW Bd. 74 (1962)
Schmidt, Marianne	Die Regelung der Abtreibung und zulässigen Schwangerschaftsunterbrechung in und außerhalb der deutschen Bundesrepublik Diss. Göttingen 1955
Schmidtlein, Hans	Die Natur der menschlichen Leibesfrucht Diss. München 1966
Schönfelder,	Deutsche Gesetze München und Berlin
Schönke - Schröder	Strafgesetzbuch (Kommentar) 13. Aufl., München und Berlin 1967

Schröder, Horst	Die Neugestaltung der Abtreibungsdelikte in: Materialien zur Strafrechtsreform Bd. 1 (Gutachten der Strafrechtslehrer) Bonn 1954
Schubnell, Hermann	Bevölkerungsentwicklung und Geburtenregelung in: Kindersegen und Geburtenkontrolle Hamburg 1964
v. Schumann, Hans-Joachim	Probleme des Sittenstrafrechts in: NJW 1964, 1158
Schwalm, Georg	Über den Beginn des menschlichen Lebens aus der Sicht des Juristen in: Medizinische Klinik 1967, 1556
Schwarz - Dreher	Strafgesetzbuch 28. Aufl., München und Berlin 1966 29. Aufl., München und Berlin 1967
Schwinge, Erich	Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht Bonn 1930
Segal - Southam - Shafer	Intra-uterine contraception (Proceding of the second international conference October 2 - 3, 1964 New York city) Reihe Excerpta medica foundation Amsterdam 1965
Spann, W.	Strafrechtliche Probleme an der Grenze von Leben und Tod in: Deutsche Zeitschrift für die gesamte Gerichtliche Medizin Bd. 57, S. 26
Spendel, Günter	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform in: NJW 1960, 1700
Starck, Dietrich	Embryologie 2. Aufl., Stuttgart 1965
Statistisches Bundesamt Wiesbaden	Bevölkerung und Kultur Reihe 9, Rechtspflege 1965 Stuttgart und Mainz 1967

Stohlmann, Alfred	Die Unbestimmtheit der Begriffe "Rechtsstaat" und "Freiheitliche Demokratische Grundordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Diss. Münster 1965
Stree, Walter	Deliktsfolgen und Grundgesetz Tübingen 1960
Svensen, Nils	Das Problem der Abtreibung Flensburg 1965
Thomas - Roesler	Beobachtungen über langzeitig applizierte Gräfenberg-Ringe in: Geburtshilfe und Frauenheilkunde 1964, 601
Tietze - Lewit	Intra-uterine contraceptive devices Reihe Excerpta medica foundation Amsterdam 1962
Tschadeck, O.	Die Problematik des Rechtsschutzes der Fortpflanzung in: Beiträge zur Sexualforschung Heft 16: Über die menschliche Fortpflanzung Stuttgart 1959
Waider, Heribert	Die "Rechtswidrigkeit" des artifiziellen Abortes und der Perforation in medizinisch indizierten Fällen Diss. Köln 1950
Wehner, Bernd	Die Latenz der Straftaten Reihe: Schriftenreihe des Bundeskriminalamtes Wiesbaden 1957
Weiser, E.	Parthenogenese - möglich beim Menschen ? in: Deutsches Ärzteblatt 1966, 2851
Welzel, Hans	Das deutsche Strafrecht 9. Aufl., Berlin 1965
Woesner, Horst	Das weltanschauliche Gesicht des Entwurfs eines StGB 1962 in: NJW 1965, 1249

Wolf - Naujoks	Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen Frankfurt 1965
World Health Organisation	Basic and clinical aspects of intra-uterine devices (Technical report series No. 332 (1966)) Genf 1966
Würtenberger, Thomas	Jurisprudenz und philosophische Anthropologie in: Führung und Bildung in der heutigen Welt (Festschrift für Kurt Georg Kiesinger) Stuttgart 1964
Yale University News Bureau	Erste Pressemitteilung über die sog. "after-morning-Pille" New Haven, Connecticut April 1966
Zillmer, W.	Die Revisionsbedürftigkeit des § 218 StGB aus bevölkerungspolitischer Sicht in: NJW 1958, 2099
Zimmer, Fritz	Der Beginn des Lebens in: Deutsches Ärzteblatt 1968, 449
Zimmermann, Theo	Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung in: NJW 1956, 1262
Zippelius, Reinhold	Das Wesen des Rechts München 1965

Vorbemerkung: ANLASS UND ZIEL DIESER UNTERSUCHUNG

Geburtenregelung[1] und Abtreibung sind heute in allen Bevölkerungskreisen vieldiskutierte Themen. Die Literatur dazu ist schon beinahe unübersehbar.

Während beim Problemkreis Abtreibung früher um die gänzliche oder zeitlich-partielle Straflosigkeit gekämpft wurde, fordert man heute praktisch nur noch die erweiterte Anerkennung von Indikationen, insbesondere der sogenannten ethischen und sozial-medizinischen Indikation.

Im Bereich der Geburtenregelung dagegen wird zwar verschiedentlich noch um die sozialethische Vertretbarkeit bereits allgemein verwendeter Geburtenregelungsmittel gerungen, weitgehend ist die Diskussion aber doch auf wertungsfreie Untersuchung der praktischen Verwendungsfähigkeit solcher Mittel beschränkt.

Dem Grenzbereich zwischen Geburtenregelung und Abtreibung war bisher kaum Aufmerksamkeit geschenkt worden, da er noch nicht als Problem in Erscheinung getreten war. Er findet erst jetzt auf Grund neuer medizinischer Erkenntnisse und ihrer praktischen Anwendbarkeit in Wissenschaft und Praxis mehr und mehr Aufmerksamkeit. Dies war die Anregung zu vorliegender Untersuchung.

Die neue Sachlage hinsichtlich ihrer Auswirkung auf § 218 StGB unter strafrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten, ist das Ziel dieser Arbeit. Sie ist deshalb auf die Abgrenzung von Geburtenregelung und Abtreibung nach den Erfordernissen des Strafrechts beschränkt. Daß dazu auch die Aussagen anderer wissenschaftlicher Disziplinen und deren Auswirkungen auf das Strafrecht nicht übergangen werden dürfen, ist eine Zwangsfolge der Komplexität dieses Sachverhaltes.

---

1) Der Begriff Geburtenregelung wird in dieser Arbeit als Gegensatz zu dem der Abtreibung verwendet. Er wird als Sammelbegriff für alle rechtlich erlaubten (straflosen) prophylaktischen Arten der Familienplanung verstanden. Der Ausdruck Geburtenregelung ist an sich sprachlich ungenau, weil er auch als Oberbegriff zur Abtreibung verstanden werden kann; denn durch diese wird ja ebenfalls die Zahl der Geburten "geregelt".

Kapitel 1

DIE HEUTIGE SACH- UND RECHTSLAGE ZU § 218 StGB

I. EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK UND DEN AUFBAU DER ARBEIT

Noch nie war es bisher möglich, schon unmittelbar nach der Befruchtung Einfluß auf die Entwicklung des Eies zu nehmen. In der Praxis war deshalb eine Abtreibung erst möglich, wenn man das Bestehen einer Schwängerschaft vermutete. Die Wahrscheinlichkeit einer Schwangerschaft taucht aber im allgemeinen erst mit dem Ausbleiben der Menstruation auf. Bis dahin sind im Regelfall schon zwei Wochen seit der Befruchtung vergangen. Bis ein Abtreibungseingriff dann praktisch vorgenommen werden kann, vergeht weitere Zeit, so daß der Keim mindestens schon in der fortgeschrittenen Embryonalentwicklung steht [1]. Die Abtreibungspraxis erweist sich demnach als massiver gezielter Eingriff im Bewußtsein einer Schwangerschaft. Der Erfolg seiner Abtreibungsbemühungen ist dem Täter stets sichtbar.

Die bisherigen Mittel und Methoden zur Geburtenregelung waren primitiv und hatten eine hohe Versagerquote [2]. Neuere und wirksamere Geburtenregelungsmittel dagegen sind auch jetzt noch zu kompliziert in der Anwendung und zu teuer [3]. Deshalb mußte die Geburtenregelung bis heute weitgehend im Erfolg beschränkt bleiben.

Wie bei der Abtreibung interessiert aber auch bei der Geburtenregelung eigentlich nur der Erfolg. Im Gegensatz zur Abtreibung bleibt jedoch bei der Geburtenregelung dieser und auch der Kausalzusammenhang zum verwendeten Geburtenregelungsmittel im Dunkeln. Ob das Geburtenregelungsmittel wirksam wurde oder ob es natürlicherweise nicht zu einer Schwangerschaft kam

---

1) Die meisten Abtreibungen werden im zweiten und dritten Monat der Schwangerschaft vorgenommen (Heiss, S. 9; Fischer, S. 104).

2) Diese ist neben natürlichen und technischen Mängeln jeweils auch abhängig von Intelligenz, Bildungsgrad, wirtschaftlichen Verhältnissen und Selbstdisziplin der Anwender (Döring, S. 43 f.).

3) Die meisten angeblichen Versager der sogenannten Anti-Baby-Pille beruhen auf Unregelmäßigkeiten bei der Einnahme. Der Durchschnittspreis für einen Monatsbedarf liegt über 5,-- DM. Dazu kommen noch die Verschreibungskosten. Alle diese Kosten werden von den Krankenkassen nicht erstattet, wenn die Verschreibung nicht medizinisch indiziert ist.

oder ob überhaupt keine Befruchtung eingetreten war, kann auch nach statistischer Wahrscheinlichkeitsuntersuchung nur vermutet, für den konkreten Einzelfall aber nie mit Bestimmtheit gesagt werden.
Daraus erklärt sich, daß in der Allgemeinheit die vor oder im Zusammenhang mit einem Geschlechtsverkehr verwendeten Geburtenregelungsmittel ausnahmslos und ohne Unterschied zur Geburtenregelung und somit der Prophylaxe zugerechnet werden [4) 5)].

Zwischen Abtreibung und Geburtenregelung lag in der Praxis eine Zwischenzone, die eine Kollision von Abtreibung und Geburtenregelung verhinderte. Da deswegen das Auseinanderhalten von Geburtenregelung und Abtreibung unproblematisch war, erschien auch eine intensive Behandlung ihrer Abgrenzung im Strafrecht unnötig. Man konnte ohne Bedenken den von Naturwissenschaft und Theologie des 19. Jahrhunderts damals als Alleinkriterium für das Werden eines menschlichen Keimes herausgestellten Befruchtungszeitpunkt in der Strafrechtstheorie übernehmen. Tatsächlich kommen auch heute "Fälle der Fruchtvernichtung unmittelbar nach der Empfängnis ..., soweit ersichtlich, gar nicht vor den Richter" [6)].

Bei der Verwendung der hier in Frage stehenden, neuen, unmittelbar nach der Befruchtung wirkenden Geburtenregelungsmittel kann aber - wie bei den bisherigen Geburtenregelungsmitteln - ebenfalls ihr Wirksamwerden im konkreten Einzelfall nicht festgestellt werden; denn, weil man schon die Tatsache einer eventuellen Befruchtung nicht nachweisen kann, bleibt es im Dunkeln, ob es überhaupt zur Befruchtung kam oder ob das Ei, falls es befruchtet wurde, nicht schon natürlicherweise abging [7)] oder ob die angewendeten Geburtenregelungsmittel wirksam wurden. Im subjektiven Bereich gleichen diese neuen Geburtenregelungsmittel also den bisher bekannten.

---

4) Auch die Anti-Baby-Pille beeinflußt den vollen Aufbau der Uterusschleimhaut und kann so unter Umständen die Nidation verhindern (vgl. Haller, S. 43, 53, 73). Trotzdem gilt sie nicht als Abortivum.

5) Nach Eckl (S. 98), Scherbius (S. 9) und Heiss (S. 3 mit weiteren Nachweisen) wird die Fruchtvernichtung im Frühstadium weitgehend nicht als Abtreibung empfunden (ähnlich Gesenius I, S. 155).

6) Hanack, S. 46 f.

7) 50 % der befruchteten Eier kommen natürlicherweise nicht zur Nidation (Döring, S. 28; Zimmer, DÄBl 1968, 452, beide mit weiteren Nachweisen).

Objektiv ist es jetzt aber durch diese neuen Geburtenregelungsmittel möglich, auf die Frühentwicklung eines befruchteten Eies Einfluß zu nehmen. Damit ist die Wirkung der bisher in der Praxis bestehenden Zwischenzone weggefallen, und Geburtenregelung und Abtreibung sind unmittelbar aneinandergerückt.

Die Strafrechtswissenschaft und -praxis darf sich deshalb jetzt nicht mehr damit begnügen, das ohne Kenntnis dieser Sachlage und ohne gründliche Prüfung in der Strafrechtswissenschaft eingeführte Kriterium der Befruchtung als Abgrenzungsmerkmal von Geburtenregelung und Abtreibung ohne neue Prüfung unter strafrechtlichen Gesichtspunkten beizubehalten. Dazu ist, vom bestehenden Gesetzeswortlaut ausgehend, eine Untersuchung der Teleologie des § 218 StGB erforderlich.

Natürlich kann diese nicht ohne Kenntnis der Motive vorgenommen werden aus denen sich in der Vergangenheit die heutige Abtreibungsbestrafung entwickelt hat. Gleichfalls unbedingt notwendig ist das Eingehen auf die Erkenntnisse der außerjuristischen wissenschaftlichen Disziplinen, die sich mit dem Problem der Abtreibung allgemein und der naturwissenschaftlichen Erforschung der Frühentwicklung des menschlichen Keimes speziell befassen. Denn gerade infolge der Entwicklung der hier in Frage stehenden Geburtenregelungsmittel sind in jüngster Zeit die Forschungen auf diesem Gebiet vorangetrieben worden und haben neue erstaunliche Ergebnisse gebracht. Die Auswertung solcher Arbeitsgrundlagen erleichtert den Juristen die Auslegung einer Norm unter (hier straf-) rechtlichen Gesichtspunkten.

In dieser Arbeit wird deshalb zuerst die Motivgeschichte der Abtreibungsbestrafung dargelegt, was aber kein Überblick über das Wann, Wo und Wie der Abtreibungsbestrafung in der Geschichte ist.

Der Einfluß, den Motive und naturwissenschaftliche Erkenntnisse auf die Frage des Beginns der Normwirkung des § 218 StGB und die heutige Begründung des Abtreibungsverbots ausübten, erfordert eine Erörterung der allgemeinen Frage, wieweit das (Straf-) Recht von den Ergebnissen außerjuristischer Wissenschaften abhängig ist.

Danach werden die bisherigen nichtjuristischen Begründungen zur Definition des Beginns der Eigenschafts als Leibesfrucht kritisch untersucht und modernen naturwissenschaftlichen Forschungsergebnissen gegenübergestellt.

Auf diesen Arbeitsgrundlagen aufbauend erfolgt dann die teleologische Auslegung des § 218 StGB unter strafrechtlichen Gesichtspunkten.

Mit diesem Auslegungsergebnis kann man sich aber nicht begnügen. Es muß an Hand des Grundgesetzes auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Dabei hat zuerst die Frage, ob die Leibesfrucht Träger der Grundrechte der Art. 1 Abs. I und Art. 2 Abs. II S. 1 GG ist, besondere Bedeutung.

Schließlich gilt es, die Verfassungsmäßigkeit der herrschenden Auslegung des § 218 StGB zu prüfen. Dazu müssen die Auswirkungen untersucht und verglichen werden, welche die veränderte Sachlage, wie sie durch die neuen Geburtenregelungsmittel herbeigeführt worden ist, auf die de-lege-lata-Formulierung des § 218 StGB bei Anwendung der herrschenden Meinung und der hier erarbeiteten Ergebnisse hat. Denn nur eine verfassungskonforme Auslegung entspricht den rechtsstaatlichen Grundsätzen des GG und kann im Strafrecht Anwendung finden.

Gegenstand der Arbeit ist also nicht ein weiterer Beitrag zur Frage nach der Wesensnatur der Leibesfrucht oder der Zulässigkeit etwa der ethischen oder sozial-medizinischen Indikation und auch keinesfalls ein Plädoyer für die Freigabe der Abtreibung, sondern das Bemühen, unter strafrechtlichen Gesichtspunkten und nach den Erfordernissen des Strafrechts zu untersuchen, ab wann beim menschlichen Keim die Eigenschaft als Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB beginnt.

II. DARSTELLUNG DER BIOLOGISCH-MEDIZINISCHEN VORGÄNGE UM BEFRUCHTUNG UND FRÜHENTWICKLUNG DES MENSCHLICHEN KEIMES

Normalerweise steigen in der konzeptionsgünstigen Zeit nach einem Geschlechtsverkehr die männlichen Samenfäden in etwa eineinhalb Stunden durch den Zervixkanal und den Uterus in die beiden Eileiter, die Tuben hoch. Im oberen Drittel eines der beiden Eileiter, dem ampullären Teil der Tube, liegt in dieser Zeit in der Regel ein befruchtungsfähiges Ei das vorher, nach der Ovulation, dorthin bewegt worden war.

Hier findet die Besamung (=Imprägnation), das Eindringen der Spermien in das Ei statt wobei auch mehrere Spermien in das Eiplasma gelangen können Danach bildet sich um das Ei eine Membrane, die das Eindringen weiterer Spermien verhindert [8].

Die Spermien lösen bei der Besamung einen Aktivierungsvorgang (= Akrosomreaktion) aus, durch den die weiteren Entwicklungsvorgänge im Ei erst ermöglicht werden [9].

Von den eingedrungenen Spermien tritt allerdings nur eines in den Zellkern des Eies ein [10]. Sein Kopf, das ist der Zellkern, legt sich an den Kern der Eizelle an und vereinigt sich mit ihm. Es entsteht eine Zelle mit diploidem Chromosomensatz [11]. Dies ist der Zeitpunkt der Befruchtung (Konjugation). Danach bezeichnet man das befruchtete Ei als Zygote oder Spermovium [12].

Ob immer eine Befruchtung nötig ist, oder ob auch eine parthenogenetische Entwicklung des weiblichen Eies zu einem Menschen möglich ist, ist in der Medizin umstritten. Neuere Berichte scheinen dies zwar anzunehmen aber

---

8) Starck, S. 43.
9) Starck, S. 44.
10) Martius, S. 34.
11) Sowohl das Ei als auch die Spermien machen während ihrer Entwicklung zwei Reifeteilungen (=Meiosis) durch, so daß im Zeitpunkt der Befruchtung jeder Zellkern statt des ursprünglich diploiden nur noch einen haploiden Chromosomensatz hat (vgl. im einzelnen Starck, S. 37; Martius, S. 34). Die zweite Reifeteilung wird erst durch die Imprägnation herbeigeführt (vgl. Ferner, S. 36).
12) Ferner, S. 36.

es ist dann jedenfalls eine seltene Ausnahme [13]. Aus einer Parthenogenese kann immer nur ein weibliches Wesen entstehen, da das geschlechtsbestimmende männliche y-Chromosom fehlt.

Sofort nach der Befruchtung erlebt die Zygote in rascher Folge Zellteilungen. Sie durchläuft den "Furchungsprozeß" und entwickelt sich ins Morulastadium [14]. Dabei erreichen die einzelnen Tochterzellen, die sich bis auf etwa 120 Zellen vermehren, nicht die Größe der Mutterzelle und sich auch als Ganzes nicht wesentlich größer. Es findet jedoch eine gleichmäßige Verteilung des Plasmas statt. Die Zygote wird also in eine unterschiedlich große Zahl von Furchungszellen (= Blastomeren) zerlegt [15]. Die Furchung endet mit Erreichen des Uterus [16].

Die Frage nach der Bedeutung der Furchung versuchten zwei Theorien zu erklären:
Die Praeformationslehre sah in den Blastomeren bereits eine Differenzierung in verschiedene Keimbezirke. Sie glaubte, daß die spätere Entwicklung des Körpers ins Einzelne bereits unsichtbar darin eingebaut sei.
Nach der Epigenesislehre dagegen ist die Zygote noch undifferenziert, und das Schicksal der einzelnen Keimteile hängt von den Wechselbeziehungen und dem weiteren Geschehen im Kern ab [17].
Der Streit dürfte heute im Sinn der Epigenesislehre entschieden sein.

Beim Menschen hat man die Frühentwicklung des Keimes nur wenig beobachten können, da von diesem Stadium [18] kaum Befunde vorliegen [19]. Die Medizin ist daher zu vorsichtigen Analogieschlüssen zum Tierreich genötigt [20]. Experimente und Beobachtungen am Tier haben ergeben, daß die einzelnen Blastomeren noch keine Differenzierung im Sinn der

---

13) Weiser, DÄBl 66, 2851; Starck, S.46; Svenson, S. 167.
14) Martius, S. 38; Starck, S. 89.
Morula = Maulbeere, so benannt, weil die Zygote dann an eine Maulbeere erinnert.
15) Starck, S. 89.
16) Boenig, S. 46.
17) Starck, S. 97; Ferner, S. 49 ff.
18) Etwa von der Befruchtung bis zum 10. Tag (vgl. Boenig, S. 49).
19) Eine Aufzählung bringt Starck, S. 221.
20) Boenig, S. 46.

Praeformationslehre sind. Sie sind untereinander gleichwertig, "totipotent"[21]. Jede Zelle hat ebenso alle Erbanlagen oder Potenzen wie die ursprünglich befruchtete Eizelle. Aus jeder einzelnen Furchungszelle kann also ein Ganzes entstehen, aber in der normalen Entwicklung wird diese Anlage nur teilweise ausgenutzt[22]. Es ist auch der Anlageplan der Zygote ein ganz anderer als der Bauplan des Menschen[23].

Während der Entwicklung zur Morula wird die Zygote durch den Eileiter zum Uterus bewegt. Diese Reise dauert 6 - 7 Tage[24]. Wenn die Morula nach Abschluß der Furchung die Uterushöhle erreicht hat, entwickelt sie sich durch Hohlraumbildung zur Blastozyste weiter[25]. Dazu verschieben und verlagern sich die durch die Teilungen kleiner gewordenen Zellen, rücken auseinander und umschließen so eine Höhle.

Die Blastozyste ist ein zweischichtiger Keim, dessen Zellen in Embryoblast und Trophoblast unterschieden werden. Aus dem Embryoblast geht in der späteren Embryonalentwicklung der Keimling hervor[26]. Der Trophoblast ermöglicht die Einpflanzung (= Implantation oder auch Nidation) im Endometrium[27], sowie den Stoffwechsel und die weitere Ernährungsaufnahme des Keimes, die dann aus dem maternen Gewebe erfolgt[28].

Bis dahin geschieht die Versorgung des Eies durch Diffusion, d.h. Sauerstoff und Nahrungsstoffe werden indirekt durch die zona pelludica aufgenommen. Diese Nahrungsaufnahme ist aber nur beschränkt möglich. Deshalb wächst auch die Zygote in der Progestationsphase[29] kaum über die

---

21) Starck, S. 99; Boenig, S. 46.
22) Zu den Einzelheiten, insbesondere den Experimenten vgl. Starck, S. 89 ff.
23) Boenig, S. 56; vgl. auch Zimmer a.a.O., S. 449.
24) Starck, S. 221; Ferner, S. 63.
25) Martius, S. 38; Starck, S. 221.
26) Boenig, S. 51.
27) Das Endometrium, die Schleimhautauskleidung des Uterus, bildet sich regelmäßig während jedes weiblichen Zyklus.
28) Martius, S. 38; Boenig, S. 51.
29) Der Bereich von Befruchtung bis zur Nidation wird als Progestationsphase bezeichnet, die Entwicklung ab der Nidation bis zur Geburt als Gestationsphase.

Größe des ursprünglichen Spermoviums hinaus. Etwa am 7. Tag beginnt die Blastozyste zu nidieren. Mit der Nidation endet die Progestationsphase.

Bis zum 8. Tag hat sich dann die Blastozyste im Endometrium eingepflanzt[30]. Die Nidation ist erfolgt. Die hormonale Steuerung des weiblichen Zyklus wird jetzt erst durch das Schwangerschaftshormon auf Dauerwirkung umgestellt. Von der Ovulation bis zur Nidation hatte der Geldkörper durch das corpus-luteum-Hormon (Progesterinausschüttung) den Abbau des Endometriums verhindert. Nunmehr hält das Hormon Choriongonadotropin, das die Trophoblasten ausscheiden, den Zusammenbruch des Geldkörpers auf und ermöglicht so die Erhaltung des Endometriums und dadurch erst auch die Weiterentwicklung[31]. Damit beginnt als zweiter Abschnitt die Gestationsphase, die Schwangerschaft[32].

Von der Nidation bis zum 12. Tag hat sich die Embryonalanlage dann soweit entwickelt, daß sie aus zwei Bläschen besteht, die aneinanderliegen. Der Boden des einen (Amnionhöhle) und das Dach des anderen (Dottersackbläschen) bilden die zweischichtige Keimscheibe, aus der sich der Embryo entwickelt[33]. Die Versorgung des Embryos wird dabei nach und nach vom maternen Gewebe übernommen[34]. Erst durch diese praktisch unbegrenzte Versorgung durch den Mutterleib wird die spätere Ausreifung ermöglicht

Anschließend beginnen sich die Zellen des Keimes nach und nach zu differenzieren. Die einzelnen Bereiche enthalten dann eine eigene Bestimmung: sie werden determiniert.

---

30) Martius, S. 38; Starck, S. 222; Ferner, S. 63.

31) Boenig S. 18 ff. und S. 89; Ferner, S. 34.

32) Nach der Terminologie der "Fedération internationale de Gynécologie et d'Obstétique", der allgemein gefolgt wird, beginnt die Schwangerschaft mit der Nidation. Eine Ausnahme macht Martius (S. 38), der die Schwangerschaft schon mit der Befruchtung annimmt.
Bis zum dritten Schwangerschaftsmonat, etwa insgesamt bis zum 70. Tag, wird die Frucht als Embryo bezeichnet danach als Fetus (Boenig, S. 126). Als Gesamtbezeichnung der einzelnen Stadien der Frucht (Zygote Embryo, Fetus) wird neuerdings der Begriff "Kyem" verwendet (Martius, S. 62).

33) Starck, S. 224 und S. 228; Martius, S. 42 ff.

34) Maetius, S. 41.

Nach der ursprünglichen Totipotenz jeder Zelle kann nunmehr jeder Bezirk nur noch ein bestimmtes Organ bilden [35]. Erst hier setzt eine gewebsmäßige Differenzierung ein, die histologisch unterscheidbar ist [36]. Diese, als Gastrulation bezeichnete Phase der Verlagerung, ermöglicht den Aufbau des Menschen [37]. Durch sie gelangen die präsumtiven Organanlagen an die Stellen des Keimlingskörpers, wo sie dem Bauplan des Menschen entsprechend hingehören und wo sie zur endgültigen Entwicklung kommen [38].

In der äußeren Körperform von Embryonen des Menschen und höherer Säugetiere sind anfangs nur geringe Unterschiede festzustellen. Hauptsächlich fällt beim Menschen die stark wachsende Gehirnanlage auf. Nach und nach entwickeln sich die Gliedmaßen, und Kopf und Körper werden proportionierter, so daß zum Beginn der Fetalphase die Keimlinge ein unverkennbar menschliches Aussehen haben [39]. Auch die Ausbildung der inneren Organe und insbesondere der Nervenverbindungen ist bis dahin soweit fortgeschritten, daß schon beim Fetus typische Reaktionen des menschlichen Individuums möglich sind.

---

35) Boenig, S. 48.
36) Boenig, S. 48.
37) Boenig, S. 66; Ferner, S. 46.
38) Boenig, S. 66.
39) Ferner, S. 80.

III. ARTEN, ANWENDUNG UND WIRKUNGSWEISE DER NEUEN GEBURTENREGELUNGSMITTEL

Die neuen Geburtenregelungsmittel wirken mechanisch oder chemisch. Als mechanische Mittel werden sie in der Form von Intra-uterin-Pessaren angewendet [40]. Die Intra-uterin-Pessare sind heute meist Plastikschleifen oder -spiralen [41], die langzeitig in den Uterus eingesetzt werden. Sie werden nur eingelegt, wenn keine Schwangerschaft besteht, also in der Regel in der ersten Hälfte eines Zyklus [42].

Die Intra-uterin-Pessare sind an sich schon altbekannt unter dem Namen "Gräfenberg-Ringe" aus den frühen dreißiger Jahren Damals waren sie aber so gesundheitsschädlich, daß ihre Einlegung von der "Deutschen Gynäkologischen Gesellschaft" als lebensgefährlich verurteilt wurde [43].

Heute, in neuer Form und aus gewebefreundlichem Material, sind sie, wie sich aus den Berichten über Intra-uterin-Pessar-Kongresse in Amerika [44], sowie aus deutschen Publikationen, ergibt [45], nicht mehr gesundheitsschädlich, selbst nicht bei langzeitigem Gebrauch. Das Intra-uterin-Pessar dürfte sich deshalb heute im Ausland bereits durchgesetzt haben [46], da es die vier Grundvoraussetzungen für ein "ideales Kontrazeptivum" erfüllt [47]:

1. einfache Einlegung und bequemes Tragen
2. billige Herstellung
3. hohe Sicherheit, auch bei der Anwendung durch unterschiedlich intelligente und zuverlässige Benützer
4. Unschädlichkeit auch bei langzeitigem Gebrauch, Revisibilität der Fruchtbarkeit.

---

40) In Amerika, wo sie entwickelt wurden, werden sie als "intra-uterine contraceptive devices (IUCD)" bezeichnet.
41) Kirchhoff, DÄBl 66, 2139; Döring, S. 26.
42) Kirchhoff, a.a.O., S. 2322.
43) Kirchhoff, a.a.O., S. 2138, an dieser Stelle ist der Wortlaut dieser Entschließung abgedruckt.
44) Erste IUCD-Konferenz 1962 (Tietze - Lewit);
Zweite IUCD-Konferenz 1964 (Segal - Southam - Shafer).
45) vgl. z.B. Gesenius II.
46) IUCD werden schon in vielen Ländern von der Regierung propagiert, vgl. die Berichte der Zweiten IUCD-Konferenz 1964 (Segal - Southam - Shafer).
47) Kirchhoff, a.a.O., S. 2323.

In der Bundesrepublik Deutschland gelangten die Intra-uterin-Pessare nicht zur breiten Anwendung [48], da ihr Wirkungsmechanismus umstritten und noch nicht genau bekannt ist [49].

Die Mehrzahl der Fachleute sieht heute ihre Hauptwirkung darin, daß nach erfolgter Ovulation die Bewegung der Eizelle im Eileiter beschleunigt wird, so daß das Ei entweder sehr schnell abgeht, oder zu einer Zeit im Uterus eintrifft, zu der es, wenn es befruchtet wurde, in seiner Entwicklung noch nicht soweit fortgeschritten ist, daß es niedieren könnte. Es wird aber auch die Meinung vertreten, daß die volle Entwicklung des Endometriums derart beeinflußt wird, daß aus diesem Grund die Zygote sich nicht einpflanzen kann [50].

Wird die Nidation verhindert, so geht das Ei zugrunde, da es aus sich selbst nicht weiter entwicklungs- und damit lebensfähig ist. Findet aber trotz eines Intra-uterin-Pessars in situ eine Nidation statt, so wird die Entwicklung dieses Embryos nicht beeinträchtigt [51].

Als chemische Mittel sind 1966 in Amerika von Dr. Morris und Dr. von Wagener von der Yale University auf der Basis von künstlichen Hormonen die sogenannten "after-morning-Pillen" entwickelt worden [52]. Diese Pille verhindert wirksam die Nidation in der Gebärmutter. Sie kann im Gegensatz zur "Anti-Baby-Pille" noch innerhalb von 6 Tagen nach dem Geschlechtsverkehr eingenommen werden [53].

Diese Pille soll ebenfalls gesundheitsschädlich sein. Sicher ist auch, daß sie wirkungslos ist, wenn die Nidation bereits stattgefunden hat. Das Präparat ist bereits im klinischen Versuch an Frauen erfolgreich getestet worden. Es ist aber von den amerikanischen Gesundheitsbehörden (der "food and drug organisation") noch nicht offiziell zugelassen [54].

---

48) vgl. die Zeitschrift "Der Spiegel" Jg. 1966, Nr. 21, S. 153 f.
49) Döring, S. 28; Kirchhoff, a.a.O.; 2323 und die Berichte der Ersten IUCD-Konferenz (Tietze - Lewit).
50) Kirchhoff, a.a.O., 2323; Löbsack II, S. 90.
51) Atsumi Ishihama in: Tietze - Lewit, S. 29.
52) Bei uns durch die Boulevardpresse als "Pille danach" bekanntgemacht.
53) Also noch vor der Nidation.
54) Zu den Einzelheiten vgl. den Bericht der Yale University.

Als weiteres chemisches Mittel wurde, Illustriertenberichten zufolge [55], in Schweden eine "Pille" entwickelt, die, drei Tage vor der erwarteten Menstruation eingenommen, diese herbeiführt, auch wenn bereits Befruchtung und Nidation stattgefunden haben. Sie soll sogar noch zehn Tage nach dem Ausbleiben der Menstruation mit "Erfolg" eingenommen werden können; sie bewirkt dann die Loslösung und den Abgang der Frucht. Genauere Nachrichten wissenschaftlicher Art liegen darüber noch nicht vor.

Die Anwendung derartiger Mittel in der Praxis scheitert in der Bundesrepublik Deutschland nicht in erster Linie an medizinischen Erwägungen, sondern es stehen juristische Bedenken entgegen. Sie werden von der herrschenden Meinung und der Rechtswissenschaft als Abortiva betrachtet, da sie auf ein befruchtetes Ei nach der Befruchtung einwirken.

---

55) Die Illustrierte "Stern" Jg. 1966 Nr. 41 und Jg. 1967 Nr. 39 und Nr. 40.

IV. DIE RECHTSLAGE ZU § 218 StGB

1. Die Aussagen des strafrechtlichen Schrifttums zur Frage des Beginns der Eigenschaft als Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB

Die strafrechtliche Untersuchung muß mit der Frage beginnen, ob die Verwendung dieser neuen Geburtenregelungsmittel den Tatbestand des § 218 StGB erfüllt [56]. Dabei kann auf eine Unterscheidung von § 218 Abs. I (Eigenabtreibung) und § 218 Abs. III StGB (Fremdabtreibung) verzichtet werden, weil beiden Tatbestandsmodalitäten in gleicher Weise das "Abtöten der Leibesfrucht" wesentlich ist. Insofern besteht kein Unterschied, ob "eine Frau ... ihre Leibesfrucht" (§ 218 Abs. I StGB) oder "wer sonst die Leibesfrucht ... abtötet" (§ 218 Abs. III StGB) [57].

Fraglich ist zunächst, was Leibesfrucht im Sinne des § 218 StGB ist, insbesondere ob das befruchtete Ei in seinem Frühstadium schon vor der Nidation eine solche Leibesfrucht darstellt.

Die meisten gängigen Kommentare und neueren Lehrbücher des StGB [58] enthalten über diese Frage wenig oder nichts (Schönke - Schröder: "die menschliche Leibesfrucht bis zum Beginn der Geburt" [59]; Olshausen: "die Leibesfrucht. Sie ist es solange, wie die regelmäßigen Geburtswehen noch nicht begonnen haben" [60]; Frank: "die lebende Frucht des weiblichen Schoßes, gleichgültig in welchem Stadium der Entwicklung" [61]; Leipziger Kommentar: "der lebende Embryo, also der erst werdende, noch im Mutterschoß geborgene Mensch von der Konzeption (...) bis zum Augenblick seines fertigen Menschentums" [62]; Kohlrausch - Lange: "das keimende Leben" [63]; Maurach: "die menschliche Leibesfrucht in ihren sämtlichen Entwicklungsstadien: von dem Moment der Verschmelzung der Keimzellen, bis zum Beginn der Ablösung des Fötus im Mutterleibe" [64]; Welzel: "die

---

56) Mezger, S. 298.

57) Es darf hier schon auf die unterschiedliche Formulierung von § 218 Abs. I StGB "eine Frau" und Abs. III "einer Schwangeren" hingewiesen werden.

58) vgl. die Aufstellung bei Baumann I, S. 2 f.

59) Schönke - Schröder § 218 Rdn. 2.

60) Olshausen § 218 Anm. 3

61) Frank § 218 Anm. I.

62) Leipziger Kommentar § 218 Anm. II 1a

63) Kohlrausch - Lange § 218 Anm. II

64) Maurach, Besonderer Teil, S. 53.

Leibesfrucht vom Beginn der Befruchtung bis zum Beginn der Geburtswehen"[65]; Sauer: "das keimende Leben" [66]; Niethammer: "der Zustand der Leibesfrucht ist von der ersten Entwicklung nach Befruchtung an solange gegeben, bis die regelmäßigen Geburtswehen beginnen" [67].

Im Gegensatz zu ihren Vorauflagen nehmen neuestens der Kommentar von Schwarz - Dreher und das Kurzlehrbuch von Mezger - Blei zu dieser Frage Stellung.
Während dieser noch in der 8. Auflage lediglich feststellte: "die Eigenschaft als 'Leibesfrucht' beginnt in dem Augenblick, in dem das weibliche Ei durch den männlichen Samen im Mutterleib befruchtet wird, also sobald sich ein befruchtetes Ei im weiblichen Schoß befindet" [68], führt er in der 9. Auflage dazu besonders aus: "Die Verhütung der Empfängnis, also die Verhinderung der Befruchtung des Eies in jeder Form, fällt nicht unter § 218, wohl aber die Einbringung von Fremdkörpern in die Gebärmutter, welche das Festsetzen des befruchteten Eies verhindern" [69]. Anderer Meinung ist Schwarz - Dreher. Begnügte sich die 28. Auflage noch mit der allgemeinen Bemerkung: "Gegenstand der Tat ist die lebendige Frucht im weiblichen Schoß; auf die Entwicklungsstufe kommt es nicht an, doch nur ... bis ... die Ausstoßung beginnt" [70], so nimmt die 29. Auflage in einem Zusatz dazu folgende Stellung ein: "Durch die Verschmelzung von Ei und Samen allein entsteht noch keine Frucht, sondern erst durch die Einnistung in der Gebärmutter (Nidation); so daß die Verwendung intrauteriner Pessare nicht unter § 218 fällt" [71]. Diese Meinung wird aber nicht begründet.

Zwar könnte allenfalls auch die Niethammer'sche Wendung "von der ersten Entwicklung nach Befruchtung an" auf die Nidation bezogen werden, aber da sich diese Probleme damals noch nicht gezeigt hatten, dürfte doch nur eine sprachliche Ungenauigkeit vorliegen und auch Niethammer das nämliche wie alle anderen meinen: die Befruchtung.

---

65) Welzel, S. 272.
66) Sauer, S. 254.
67) Niethammer, S. 130.
68) Mezger - Blei, 8. Aufl., S. 29.
69) Mezger - Blei, 9. Aufl., S. 31.
70) Schwarz - Dreher, 28. Aufl. § 218 Anm. 1.
71) Schwarz - Dreher, 29. Aufl. § 218 Anm. 1.

2. Die Gründe für das Fehlen einer eingehenden Untersuchung dieser Frage in Schrifttum und Rechtsprechung

Bisher war für die Juristen kein Anlaß, sich gerade in diesem Punkt um eine besonders präzise Grenzziehung zu bemühen. Die Abtreibungsfälle, mit denen bisher die juristische Praxis befaßt war, bezogen sich nämlich ohne jede Ausnahme auf spätere Stadien einer (wirklichen oder vermeintlichen) Schwangerschaft. Der Fall eines Eingriffs im Anfangsstadium der Entwicklung, also nach der Befruchtung, aber noch vor der Nidation, ist vor Gericht noch nicht praktisch geworden [72].

Nur das RG hat sich einmal nebenbei, und das gelegentlich einer Entscheidung über den Fortsetzungszusammenhang bei § 218 StGB, bei der Bestimmung des Rechtsguts dahin geäußert, daß die Leibesfrucht "vom Augenblick der Zeugung bis zur natürlichen Ausstoßung aus dem Mutterleib gegen störende Eingriffe geschützt werden soll" [73]. Aber dies ohne Begründung.

Für die Rechtswissenschaft war also bisher kein Bedürfnis zu sehen, den terminus a quo so genau zu bestimmen. Daraus erklärt sich auch, daß überwiegend ohne jede Begründung die Leibesfrucht schon ab der Befruchtung zum Rechtsgut des § 218 StGB erhoben wird.

3. Die strafrechtlichen Erfordernisse als alleinige Entscheidungskriterien im StGB; hier zwischen §§ 217 und 218 StGB

Dagegen wurde die Abgrenzung der Abtreibung von den Tötungsdelikten am Menschen, nämlich zu § 217 StGB, eingehend behandelt [74]. Dabei fällt auf, daß in der Terminologie hierbei stets die Bezeichnung "Mensch" und "Kind" als Gegensatz zur "Leibesfrucht" verwendet werden [75]. Die dazu

---

72) vgl. Hanack, S. 46 f.
73) RGSt 59, 98.
74) RGSt 4, 380; 9, 131; 26, 178; Leipziger Kommentar, Vorbemerkung I 2 zu § 211; Schwarz - Dreher, 29. Aufl. 2 A vor § 211; Schönke - Schröder § 217 Rdn. 5; Maurach, Besonderer Teil, S. 13.
75) Lediglich in BGHSt 10, 5 sind diese Begriffe verwischt.

vorgenommenen Überlegungen zur Abgrenzung sind ausschließlich strafrechtlicher Art: In der gefährlichen Geburtsphase muß der Schutz des Kindes schon sehr früh beginnen.

Nirgends werden außerjuristische Wissenschaften herangezogen, wie die hierzu eigentlich kompetent erscheinende Medizin. Die Aussagen der Medizin dienen lediglich als Arbeitsgrundlage für die Bestimmung der strafrechtlichen Erfordernisse.

Soweit überhaupt darüber allgemeine rechtliche oder außerrechtliche Untersuchungen angestellt werden, ab wann eine Leibesfrucht vorhanden ist, geschieht dies letztlich nur im Hinblick auf die Abtreibung, nicht die Geburtenregelung [76]. Das Endergebnis ist jeweils gleich, nämlich der Zeitpunkt der Befruchtung. Aber die Begründungen dafür werden - soweit sie nicht den Naturwissenschaften entnommen sind - weitgehend von den jeweiligen Wertvorstellungen und speziellen Aspekten der einzelnen wissenschaftlichen Disziplinen zur Frage der Wesensnatur der Leibesfrucht beeinflußt. Stets wird dabei die Terminologie des StGB verwendet, aber der Begriff Leibesfrucht mit den ethischen Wertanschauungen des jeweiligen Interpreten ausgefüllt.

Die Überlegungen zur Wesensnatur der Leibesfrucht und zur Strafbarkeit der Abtreibung überhaupt sind deshalb weitgehend motivgebunden. Es erscheint somit zweckmäßig, erst einen Überblick über die Geschichte der Motive für die Abtreibungsbestrafung zu geben.

---

76) vgl. statt vieler die Diss. von Waider und Schmidtlein und die Schrift von Guardini.

Kapitel 2

ENTWICKLUNG UND WANDEL DER BEGRÜNDUNGEN FÜR DIE BESTRAFUNG DER ABTREIBUNG IN DER GESCHICHTE

I. BEI DEN VÖLKERN DES ALTERTUMS, DIE UNSERE KULTUR BEEINFLUSSTEN

Ohne Übertreibung kann man sagen, daß bei allen Völkern die Praxis der Abtreibung seit jeher bekannt ist [1]. Dabei zeigt sich eine erstaunliche Vielfalt der Motive [2].

Nur bei einigen Völkern des Altertums sowie einigen Primitivvölkern wurde die Abtreibung - wenn auch aus unterschiedlichen Gesichtspunkten - bestraft [3].

Von den Völkern, die für unsere Kultur bedeutsam geworden sind, haben weder Römer und Griechen, noch Germanen die Abtreibung aus dem Gesichtspunkt der Tötung von menschlichem Leben bestraft. Auch das Alte Testament enthält keine Vorschrift über die Bestrafung der Abtreibung unter diesem Aspekt [4]. Allgemein kannte man kein Recht der Leibesfrucht auf Leben. Nur aus familienrechtlichen Gründen (Verlust des Erben)[5], solchen des Schadensersatzes (Wehrgeld) [6] oder bevölkerungspolitischen Aspekten zog damals die Abtreibung eine Sanktion nach sich.

---

1) vgl. Devereux; Ploss; Heiss; Lewin, 3. Aufl., S. 8 ff.
2) vgl. dazu ebenfalls die ausführliche Darstellung bei Devereux.
3) Fast alle Dissertationen und Monographien, die sich mit der Abtreibung befassen, enthalten einen mehr oder weniger ausführlichen Abschnitt zur Geschichte der Abtreibungsbestrafung, so daß es hier nicht mehr notwendig erscheint, diese zu wiederholen. Zur genauen Unterrichtung darf auf die Bücher von Lewin und Ehinger - Kimmig verwiesen werden.
4) vgl. Schmidtlein, S. 6 f.
5) z.B. bei den Römern.
6) z.B. bei den Germanen.

II. IM FRÜHEN CHRISTENTUM

Die Forderung, auch für die Leibesfrucht ein Recht auf Leben anzuerkennen, wie sie heute weitgehend vertreten wird, geht auf das Kanonische Recht zurück.

Im Gegensatz zu den Völkern der Antike betrachtete das Christentum schon bald nach seiner Entstehung die Abtreibung als Tötungsdelikt [7]. Motiv für diese hohe Einstufung der Leibesfrucht war der Gedanke, daß bereits die menschliche Leibesfrucht eine Seele besitzt, die durch die Abtreibung um das Benefiz der Taufe gebracht wird [8] [9].

Eine Leibesfrucht ist aber, da nur der Mensch eine Seele hat und es keine Unterschiede bezüglich der menschlichen Seele gibt, somit dem lebenden Menschen gleichzusetzen. Menschen darf man nach dem 5. Gebot nicht töten. Abtötung des werdenden Lebens ist somit "Mord" [10]. Damit ist auf jeden Fall die Abtreibung, zu welchem Zeitpunkt auch immer sie vorgenommen wird, ein Verbrechen, das nach staatlichem und kirchlichem Recht Bestrafung fordert [11].

Im Kanonischen Recht wurde früher auf Grund der Theorie der Sukzessivbeseelung, die auf den Lehren des Augustinus und der Scholastik fußt, zwischen "foetus inanimatus" und "foetus animatus" unterschieden. Diese Differenzierung beruht auf einer falschen Übersetzung und Fehlinterpretation der Bibelstelle Mose III - 12, 2 ff - . Nur dem foetus animatus wurde eine Seele zuerkannt; also war auch nur die Abtreibung eines foetus animatus ein "homicidium".

Diese früher bezüglich der Beseelung vorgenommene Unterscheidung von foetus animatus und foetus inanimatus zieht sich mit weitreichenden Konsequenzen durch das ganze Kanonische Recht. Sie wurde später von allen weltlichen Gesetzgebungen übernommen [12].

---

7) vgl. Schmidtlein, S. 18 ff.
8) Ehinger (- Kimmig), S. 67.
9) In der Theologie werden verschiedene Lehren über die Entstehung der Seele und die Beseelung vertreten. Heute herrschend sind die Theorien des "Creatianismus" und der "Simultanbeseelung". Nach ihnen wird die Seele durch Gott im Zeitpunkt der Befruchtung geschaffen und gleichzeitig der Keim beseelt (vgl. Hirschmann in: Baumeister - Smets, S. 78 ff.; Schmidtlein, S. 87 ff.).
10) Hirschmann, a.a.O., S. 71.
11) Hirschmann, a.a.O., S. 71.
12) Behrmann, S. 31.

III. DIE ÜBERNAHME DER KIRCHLICHEN MOTIVE UND WERTUNGEN IN DAS WELTLICHE RECHT

Zwar bedurfte es einiger Zeit, bis auch die weltliche Gesetzgebung zur Bestrafung der Abtreibung kam, aber der Kirche gelang es doch allmählich wenigstens eine moralische Umwertung zu erzielen [13]. Schließlich wurde die Abtreibung - wenn auch nicht im Frühstadium der Schwangerschaft - nun ebenso im Volk als Sünde und damit als verbotene Handlung aufgefaßt [14]. Das Volk unterschied damals noch nicht zwischen Sünde und Verbrechen [15].

So ging auch in der Rezeption die Übernahme der Abtreibungsbestrafung aus dem Kanonischen Recht ins weltliche Strafrecht ohne Bruch vonstatten.

In der "Constitutio Criminalis Carolina" (1532), die als erstes weltliches Gesetzbuch des Reiches [16] eine Strafbestimmung gegen die Abtreibung enthielt, wurde zwar nicht wörtlich das Kanonische Recht übernommen, aber dessen Motive. Denn das in ihr [17] rezipierte Römische Recht hatten die Glossatoren derart verfälscht, daß es bezüglich der Abtreibung "schon im 13. Jahrhundert nur noch als Maske diente für kanonische Gesetze" [18].

Natürlich enthielt auch die Constitutio Criminalis Carolina die Unterscheidung zwischen foetus animatus und foetus inanimatus, die dadurch zur

---

13) Behrmann, S. 33.

14) vgl. Heinitz, S. 19 f.
Hier wirkt sich die Unterscheidung von foetus animatus und foetus inanimatus bis in unsere Zeit aus. Auch heute noch ist im Volk die Meinung verbreitet daß Eingriffe im Frühstadium der Keimesentwicklung nicht Abtreibung sind (vgl. Heiss, S. 3, 17 f, 35 und Kapitel 1, Anm. 5).

15) Ehinger (- Kimmig), S. 83.

16) Nur die Bambergensis Schwarzenbergs (1507) enthielt schon vorher in Art. 158 die Bestrafung der Abtreibung. Aber die zahlreichen Landrechte des 15. Jahrhunderts behandelten sie regelmäßig nicht (vgl. Ehinger (- Kimmig), S. 82).

17) Art. 133 CCC.

18) Ehinger (- Kimmig), S. 79, vgl. auch S. 66 ff.

weltlichen Wirksamkeit gelangte [19]. Aber zum ersten Mal wurde die Abtreibung nicht mehr aus utilitaristischen Gesichtspunkten geahndet.

Die Bestrafung des foetus animatus entspricht seiner ihm von der Theologie zugesprochenen Stellung als lebendiger Mensch. Unklar aber ist das Motiv für die allerdings niedrigere Bestrafung des foetus inanimatus. Kimmig [20] glaubt, daß transzendentale Vorstellungen den Gesetzgeber dazu bestimmten, daß er "die Abtreibung an sich als Eingriff in das Walten der Natur oder als Verletzung des göttlichen Willens und somit als strafwürdige Handlung empfand" [21].

---

19) Zwar enthielt die CCC nicht mehr die Unterscheidung zwischen foetus animatus und foetus inanimatus nach Tagen, aber die Formulierung: "eyn lebendig kint" und "eyn kint, das noch nit lebendig wer", wurde wohl analog dem kirchlichen Recht so gehandhabt, daß der 40. Tag als entscheidend angesehen wurde (Fricke, S. 16; Heinitz, S. 26; Borcherding, S. 17).

20) (Ehinger -) Kimmig, S. 4.

21) so auch Borcherding, S. 6 f. Wahrscheinlich hat hier der Gedanke des "versari in re illicita" Ausdruck gefunden.

IV. DIE FORTWIRKUNG IN DEN PARTIKULARRECHTEN

Die medizinische Wissenschaft bekämpfte als erste diese Unterscheidung. Sie glaubte erkannt zu haben, daß die Entwicklung der Leibesfrucht abschnittlos gleichmäßig von der Befruchtung bis zur Geburt verläuft [22].

Die Aufklärung versuchte dann, die Rechtswissenschaft aus der Gedankenwelt des Kanonischen Rechts zu lösen. Aber die Gesetzgebung machte sich lange Zeit nicht davon frei [23]. Auch die einzelnen Partikularrechte übernahmen noch diese Gedanken [24] und unterschieden zwischen belebter und unbelebter Frucht, wobei sie sich im wesentlichen an das Vorbild der Constitutio Criminalis Carolina hielten [25].

Ebenso enthält das Allgemeine Preußische Landrecht (1794) noch - wenn auch in abgeschwächter Form - Auswirkungen der Unterscheidungen zwischen belebter und unbelebter Frucht [26] obwohl es im Teil I 1 10 den Programmsatz "Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern schon von der Zeit ihrer Empfängnis" enthält und somit das Motiv offenlegt.

---

22) (Ehinger -) Kimmig, S. 4.

23) "Weniger auf Grund eines physiologischen Irrtums, als einer praktischen juristischen Nötigung", wie H. Mayer: Lehrbuch des Strafrechts § 95 A 6 (zit. nach Behrmann, S. 35) zutreffend sagt.
Nicht jede Abtreibung mußte deshalb als homicidium bestraft werden, was große praktische Bedeutung hatte, weil auch damals schon die meisten Abtreibungen im zweiten oder dritten Monat vorgenommen wurden.

24) Borcherding, S. 18.

25) Behrmann, S. 34.

26) ALR Teil II Tit. 20 §§ 985 - 990.

V. DIE WEITERENTWICKLUNG IM 19. JAHRHUNDERT

Als nun am Anfang des 19. Jahrhunderts die Relikte der Unterscheidung zwischen belebter und unbelebter Frucht völlig verschwanden [27], wurde konsequenterweise, da sich die Motive nicht geändert hatten, wie schon bisher dem foetus animatus, nun der Leibesfrucht von Anfang an ein Recht auf Leben zugesprochen und die Abtreibung einheitlich bestraft.

Das preußische StGB von 1851 brachte gegenüber dem Allgemeinen Preußischen Landrecht eine Neufassung und Verbesserung der Abtreibungsbestimmungen. Deutlich zeigt § 181 prStGB [28], der sich mit der Abtreibung befaßt, die neue seit der Carolina weiterentwickelte Rechtsauffassung.

Die Motive der Abtreibungsbestrafung waren nun frei vom direkten Einfluß des Kanonischen Rechts, da das werdende Leben sich bereits auf Grund des jahrhundertelangen starken Einflusses des Christentums auch in den sozialen Wertanschauungen der Allgemeinheit als Rechtsgut herauskristallisiert hatte. Im Vordergrund stand nun - nach Meinung des RG und der meisten Schriftsteller - das Motiv der Verletzung des Rechts der Leibesfrucht auf Leben, worin sie dem Menschen gleichzubehandeln sei [29].

Erstaunlicherweise enthalten weder die Materialien zum StGB des Norddeutschen Bundes, das auf dem prStGB von 1851 aufbaut, noch die Materialien des StGB von 1851, das aus dem StGB des Norddeutschen Bundes hervorging und somit im wesentlichen auf dem prStGB von 1871 fußt, irgendwelche Aussagen zum Motiv der Abtreibungsbestrafung.

Zwar darf - vielleicht gerade deswegen - unterstellt werden, daß ganz allgemein das Motiv des § 181 prStGB auch im § 218 StGB übernommen werden sollte [30]. Aber es fehlt eben doch die Auseinandersetzung über das Warum

---

27) Behrmann, S. 35.

28) § 181 Abs. I prStGB: Eine Schwangere, welche durch äußere oder innere Mittel ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleib tötet, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft (zit. nach Lewin, 3. Aufl., S. 99).

29) Auch die Motive zum prStGB erwähnen kurz, die Abtreibung sei ein Tötungsdelikt am werdenden Menschen (Goltdammer, Materialien zum prStGB, S. 288, zit. nach Eckl, S. 88).

30) Eckl, S. 88.

der Abtreibungsbestrafung. Näher liegt daher der Schluß, daß die Bestrafung der Abtreibung einfach deshalb übernommen wurde, weil man eine traditionelle Strafnorm, die so fest im Bewußtsein der Allgemeinheit verankert war, nicht auflassen wollte, ohne daß man sich dabei viele Gedanken zu machen brauchte. Etwas anderes hätte wohl in den Motiven seinen Niederschlag gefunden.

Wäre die Abtreibung nicht mehr (auch) als Tötung von Leben angesehen worden, sondern z.B. nur als Gefährdungsdelikt (des Bevölkerungswachstums oder der Gesundheit der Frau), so hätte dies wahrscheinlich zu einer Änderung in der systematischen Stellung geführt [31]. Allerdings standen, den damaligen Zeitströmungen gemäß, sehr starke bevölkerungs- und gesundheitspolitische Gesichtspunkte mit im Vordergrund [32] und unübersehbar auch das Motiv der Hebung der öffentlichen Sittlichkeit.

---

31) vgl. Welzel, S. 272.

32) RGSt 59, 98; Koch, NJW 59, 2294; Martin, NJW 59, 468, halten dies für die alleinigen Motive.

VI. DER WANDEL IN DEN ANSCHAUUNGEN SEIT 1871

Die Diskussion um den § 218 StGB und seine Motivierung schwoll nach 1871 immer mehr an. Sie entzündete sich zunächst hauptsächlich an der medizinischen und ethischen Indikation. Nach dem Zusammenbruch von 1918, der "auch als ein Zusammenbruch der sittlichen Ordnung erlebt wurde"[33], der durch den Krieg veränderten Einstellung zum menschlichen Leben und der Steigerung des sozialen Elends der Massen, trat aus vorwiegend rationalen Gründen die Forderung nach Anerkennung der sozialen Indikation immer mehr in den Vordergrund.

Gleichzeitig ging in der Allgemeinheit mehr und mehr die Ansicht verloren, daß die Abtreibung ein echtes Tötungsdelikt sei [34]. Aber auch noch andere äußere Einflüsse, wie die zunehmende Industrialisierung, die zu einer Entwurzelung großer Bevölkerungskreise aus dem festen Boden ihrer alten Bindungen führte, trugen dazu bei [35]. Deshalb ist die schon seit Bestehen des StGB wachsende Zunahme einer "milderen ja positiven Bewertung der Abtreibung ... wesentlich zurückzuführen auf die schwindende Kraft 'heteronomer' Begründungen für das Verbot, sei es aus der Autorität der Kirche, sei es aus einem allgemeinen bevölkerungspolitischen Interesse des Staates"[36].

Mitentscheidend für diesen Wertungswandel waren damals die neuen Erkenntnisse der Biologie und die Fortschritte der Medizin [37]. Jene förderte mit ihren Argumenten die Ansicht, der Embryo sei noch nicht Träger menschlichen Lebens, und diese senkte in praxi wesentlich die Gefährlichkeit des Abtreibungseingriffs für Gesundheit und Leben der Schwangeren [38].

Das Gesetz selbst und die Entwürfe und Gegenentwürfe zu einem neuen StGB blieben davon äußerlich weitgehend unberührt [39]. Bemerkenswert ist jedoch, daß in der Begründung des E 1919 bei der Abtreibung nur noch das bevölkerungspolitische Argument erscheint. Besonders hingewiesen wird noch auf die

---

33) Eckl, S. 70.
34) Peters in: Baumeister - Smets, S. 39; Eckl, S. 89.
35) Eckl, S. 69.
36) Eckl, S. 68.
37) Eckl, S. 68 und S. 70.
38) Eckl, S. 68 und S. 70.
39) Eckl, S. 91.

nahe Verwandtschaft der Abtreibung im Frühstadium zur Geburtenregelung, "die ähnlichen Zwecken wie die Abtreibung dient und nicht strafbar ist" [40].

Der Gesetzgeber konnte sich zwar zu keiner grundsätzlichen Änderung des § 218 StGB entschließen, aber in der Novelle vom 15.5.1925 (RGBl I, 239) paßte er doch den Strafrahmen der Milderungstendenz in der Strafzumessungspraxis an [41].

Ein weiterer bedeutsamer Schritt zur Abkehr vom unbedingten Schutz des werdenden Lebens zeigt sich in der Entscheidung des RG vom 11.3.1927 [42], in der dieses bei der medizinischen Indikation den Rechtfertigungsgrund des "übergesetzlichen Notstands" schuf. Mit dieser Entscheidung wurde in der praktischen Auswirkung den gewandelten Anschauungen der überwiegenden Mehrheit des Volkes Rechnung getragen [43].

Die Rechtsprechung, der sich auch die juristische Wissenschaft weitgehend anschloß, sah in der Leibesfrucht noch keinen Menschen und Träger von Rechten, sondern lediglich "Keim und Vorstufe des sich in ihr entwickelnden menschlichen Einzelwesens" [44], eine erst "künftige Persönlichkeit" [45]. Sie betrachtete also die Leibesfrucht in ihrer Funktion als sich weiterentwickelnde Vorstufe eines späteren Menschen. Diese Vorstellungen der Rechtsprechung vom "keimenden Leben" als geschütztem Rechtsgut werden auch heute noch von der Strafrechtswissenschaft überwiegend vertreten [46].

---

40) E 1919, Denkschrift zum -, S. 228 f.

41) Nach Jagusch (S. 102) ist dies ein Symptom für den Anschauungswandel in der Richterschaft. Auch Eckl (S. 93 f) schließt daraus, daß ein großer Teil der Richter die Abtreibung nicht mehr als ein echtes Tötungsdelikt betrachtete.

42) RGSt 61, 242.

43) Eckl, S. 121.

44) RGSt 59, 98; 67, 206.

45) RGSt 59, 98.

46) vgl. statt vieler Schönke - Schröder § 218 Rdn. 1; Maurach, Besonderer Teil, S. 53; Mezger - Blei, 9. Aufl., S. 29; BGHSt 18, 283.

VII. DIE AUSSCHLIESSLICH BEVÖLKERUNGSPOLITISCHE BEGRÜNDUNG IM DRITTEN REICH UND DIE RESTAURATION DER MOTIVE NACH 1945

In der Zeit des Dritten Reiches wurde die Begründung für das Vorhandensein des § 218 StGB in direkter und potenzierter Fortbildung des vorhandenen utilitaristischen Gedankenguts ausschließlich von der Staatsraison diktiert. Bevölkerungspolitische und rassische Gesichtspunkte beherrschten die Gesetzgebung derartig [47], daß es nach dem Erbgesundheitsgesetz von 1935 [48], das die eugenische Indikation freigab, bis zu den Verordnungen von 1943 kommen konnte [49]. Diese gestatteten die Freigabe der Abtreibung von als rassisch minderwertig angesehenen Leibesfrüchten (z.B. von Polen und Juden) [50] und belegten die Abtreibung bei Deutschen sogar mit der Todesstrafe, wenn "dadurch die Lebenskraft des deutschen Volkes fortgesetzt beeinträchtigt" wurde [51].

Seit dem Zusammenbruch von 1945 war, wohl im Zusammenhang mit der Renaissance des Naturrechts, wieder das "Recht auf Leben" der Leibesfrucht als Motiv der Abtreibungsbestrafung im Vordringen [52]. Aber die bevölkerungspolitischen Motive verschwanden nicht [53]. In der Gegenwart scheint sich jedoch die Diskussion vom Grundsätzlichen auf Art und Umfang der Ausnahmen verlegt zu haben [54].

---

47) Eckl, S. 103.

48) RGBl I, S. 1246.

49) Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 9.3.1943 (RGBl I, S. 140) und die Durchführungsverordnung vom 18.3.1943 (RGBl I, S. 169).

50) § 8 der VO vom 9.3.1943.

51) VO vom 9.3.1943 und § 218 Abs. III StGB in der Fassung vom 18.3.1943 (RGBl I, S. 169).

52) Eckl, S. 71.

53) E 1962, S. 277; vgl. z.B. Kohlrausch - Lange § 218 Anm. II; Ebbinghaus FamRZ 59, 93; Zillmer, NJW 58, 2099.

54) So war im E 1959 II die ethische Indikation anerkannt; im E 1962 ist sie wieder gestrichen worden.

VIII. ERSTES ZWISCHENERGEBNIS

Es hat sich gezeigt, daß die Motivierung der Abtreibungsbestrafung und die Bewertung der Leibesfrucht im Laufe der Zeit je nach den Zeitumständen starken Veränderungen ausgesetzt war. In der Allgemeinheit aber dürfte sich - wenn und soweit überhaupt von einer eigenen durchdachten Meinung gesprochen werden kann - das in Jahrhunderten gepragte Bild von der Qualität der Leibesfrucht und die Verurteilung der Abtreibung im Falle einer Schwangerschaft, unabhängig von Zeitströmungen weitgehend erhalten haben [55].
Das heißt, die allgemeine Rechtsüberzeugung geht dahin, daß die Tötung einer Leibesfrucht nun einmal grundsätzlich strafwürdig ist, und ein Bedürfnis nach Begründung dieser Überzeugung wird nicht mehr empfunden.

---

55) Eckl, S. 78 und S. 113.

Kapitel 3

DIE UNTERSCHIEDLICHE BEWERTUNG DER LEIBESFRUCHT UND IHRE FUNKTIONALEN FOLGEN

Aus dem doch recht erheblichen Wandel der Anschauungen folgt, daß bei der Beurteilung unserer Frage die heute noch bestehenden Gründe für das Abtreibungsverbot analysiert werden müssen. Das Resultat dieser Untersuchungen ist dann bei der Erarbeitung eines für die Gegenwart und die nähere Zukunft gültigen Ergebnisses zu berücksichtigen.

I. DIE UNTERSCHIEDLICHE BEWERTUNG DER LEIBESFRUCHT

1. In verschiedenen Zweigen der Juristenschaft

Im heutigen verfassungsrechtlichen Schrifttum wird überwiegend die Leibesfrucht als Mensch und somit als Träger der Grundrechte des Art. 1 Abs. I und Art. 2 Abs. II S. 1 GG angesehen [1]. Auch im sonstigen juristischen Schrifttum wird vielfach die Meinung vertreten, daß die Leibesfrucht Mensch und daher Träger eigenen Lebensrechts sei [2]. Die Abtreibung sei deshalb als Tötung eines Menschen zu behandeln.

Im Strafrecht dagegen sieht die h.M. das Rechtsgut Leibesfrucht, das "werdende Leben", nur als Vorstufe zum Menschen geschützt, der man eine ungestörte Ausreifung ermöglichen muß [3].

---

1) Maunz - Dürig Art. 1 Abs. I Rdn. 24 mit weiteren Nachweisen und Art. 2 Abs. II Rdn. 24; v. Mangoldt - Klein, S. 186; Nipperdey, S. 4; dagegen: Hamann I, S. 73 und S. 85; Wernicke, Bonner Kommentar (Erstbearbeitung) Art. 1 Erl. II 1b zweifelnd Kern I, S. 59.

2) Peters in: Baumeister - Smets, S. 37 ff; Waider, S. 416; Martin, NJW 59, 468; Engelhardt FamRZ 58, 269; Malaniuk, S. 25 und S. 67.

3) vgl. statt vieler Maurach, Besonderer Teil, S. 54;
Kohlrausch - Lange § 218 Anm. II.
Schönke - Schröder § 218 Rdn. 1;
Mezger - Blei, 9. Aufl., S. 30.

Diese Meinung vertritt auch die Praxis [4]. Die Formulierung des RG, Rechtsgut des § 218 StGB sei "die Leibesfrucht als Keim der sich in ihr entwickelnden Persönlichkeit" [5], wird in einer Reihe von Entscheidungen formelhaft wiederholt [6]. Der BGH hat sich ihr angeschlossen [7]. Sie zeigt sich mittelbar auch in der Tendenz zu sinkender Strafzumessung [8], woraus man wohl den Schluß ziehen kann, daß die Richterschaft die Leibesfrucht nicht als Mensch betrachtet [9].

Die Begründung des E 1962 läßt ebenfalls auf die Ansicht schließen, daß die Leibesfrucht nicht als Mensch und Person betrachtet wird, sondern ein seinsmäßig qualitativer Unterschied zwischen menschlichem und fetalem Leben als bestehend angenommen wird. Die Begründung verweist ausdrücklich auf den nach der Rechtsordnung gegebenen "Wertunterschied zwischen dem in das Leben eingetretenen Menschen, gegen den sich die Tötungsdelikte richten, und dem werdenden Leben, das Gegenstand der Abtreibung ist" [10]. Dies wird auch durch die Wortwahl [11], die Systematik [12] die Strafdrohung und die Regelung der medizinischen Indikation [13] unterstrichen.

---

4) RGSt 67, 207; BGHSt 10, 291; vgl. auch unten Anm. 6 und 7.

5) RGSt 67, 207.

6) beginnend mit RGSt 59, 98; 61, 42; 62, 137; 67, 206.

7) BGHSt 1, 278; 1, 329; 2, 111; 3, 7.

8) Schröder, Materialien, S. 295.
1965 fielen von 940 wegen Abtreibung (§ 218 Abs. I, III StGB) verurteilten Tätern 864 unter das Erwachsenenstrafrecht. Davon wurden 316 (ca. 37 %) zu einer Gefängnisstrafe bis 3 Monaten und 136 (ca. 16 %) nur zu Geldstrafe verurteilt. Vgl. auch Kap. 5, Anm. 27. (Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Kultur - Rechtspflege - 1965).

9) im Ergebnis so auch Eckl, S. 108.

10) E 1962, 277.

11) § 140 E 1962 "abtöten": Damit soll der Unterschied zum "Töten" eines Menschen ausgedrückt werden.

12) § 140 E 1962 steht in einem eigenen Abschnitt: "Straftaten gegen das werdende Leben".

13) §§ 157 - 159 E 1962. E 1962, 293 f: "der Gesetzgeber kann nicht daran vorbeigehen, daß nach überwiegender Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit der Staat die Schwangeren nicht durch Strafvorschriften zwingen darf, ein Kind auszutragen, wenn damit die Gefahr des Todes oder eines unzumutbaren schweren Gesundheitsschadens für die Schwangere verbunden wäre".

Die Beibehaltung der Versuchsbestrafung wird nur noch mit kriminalpolitischen Erwägungen begründet [14].

2. Im außerjuristischen Bereich

Die Ärzteschaft für deren Meinung ihre Stellungnahmen und Gutachten zu Fragen der Strafrechtsreform repräsentativ sein dürften, äußert sich nicht über die Einstufung der Leibesfrucht [15].

In der kirchlichen Wertung wird die Leibesfrucht schon ab der Zeugung als Mensch angesehen. Dies ist aus den zahlreichen Veröffentlichungen ohne Zweifel zu entnehmen [16].

In den Wertvorstellungen der Allgemeinheit glaubt Eckl kein Überwiegen der Meinung, Abtreibung sei die Tötung eines Menschen, gegenüber der gegenteiligen Auffassung feststellen zu können [17] Aber aus der großen Zahl von Abtreibungen [18] und den Ergebnissen der Meinungsumfragen [19] dürfte

---

14) E 1962, 279.

15) Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag.

16) vgl. Eckl, S. 109 f, mit weiteren Nachweisen.

17) Eckl, S. 112.

18) Über die Zahl der Abtreibungen liegen naturgemäß keine genauen Angaben vor. Die Schätzungen reichen bis über 1 000 000 pro Jahr in der Bundesrepublik; jedoch ist die Dunkelziffer gerade bei diesem Delikt kaum abschätzbar (vgl. Hentig, S. 117; Wehner, S. 37; die Diss. von Schinke und die kritische Stellungnahme zu dieser Frage im "Berliner Ärzteblatt" 1964, 311.)

19) Nach Friedeburgs "Umfrage in der Intimsphäre" - allerdings aus dem Jahre 1949 (in: Beiträge zur Sexualforschung Heft 4) - sprachen sich auf die Frage: "Es ist seit Kriegsende viel über den § 218 StGB gesprochen worden. Wenn darüber eine Volksabstimmung stattfände, wofür würden Sie stimmen ?"

Für Beibehaltung in gelockerter Form	39 %
Für Beibehaltung in der bisherigen Form	36 %
Für Verschärfung	8 %
Für Abschaffung	16 %
Keine Meinung hatten	1 %

Grundsätzlich für eine Aufrechterhaltung der Abtreibungsbestrafung waren zwar 83 %, aber nur 44 % für eine Verschärfung oder auch nur Beibehaltung in der bisherigen Form.

doch zu entnehmen sein, daß die Abtreibung überwiegend nicht als Tötung eines Menschen aufgefaßt wird.

Besonders für das Frühstadium der Leibesfrucht ist die Ansicht weitverbreitet, die einen Eingriff zu dieser Zeit in die Nähe der Geburtenregelung rückt und in ihm nichts Unsittliches und nichts Strafbares sieht [20].

Es drängt sich der Gedanke auf, daß weithin der "Wert" des Keimlings erst mit fortschreitender Dauer der Schwangerschaft zunehmend an Gewicht gewinnt, so daß nach der sittlichen Wertanschauung, "wer kurz vor der Entbindung abtreibt ... kaum ein anderes Unrecht" begeht, "als derjenige, der einen gerade geborenen Säugling tötet, wer unmittelbar nach der Befruchtung das Ei zerstört, vollzieht eine Abtreibung mehr 'theoretischer Natur' - der Unterschied zur Empfängnisverhütung ist oft fast nur noch ein terminologischer" [21].

3. Die beiden Meinungen, mit denen die Abtreibungsbestrafung heute hauptsächlich begründet wird

Es haben sich heute im wesentlichen zwei Wertungen herausgebildet, auf die eine Bestrafung der Abtreibung gestützt wird [22].

Die erste Wertung stellt die Leibesfrucht dem bereits lebenden Menschen gleich, schreibt also dem werdenden Leben gleiche Qualität wie dem bestehenden Leben zu. Für sie ist die Leibesfrucht schon wesensmäßig Mensch und somit auch Träger eines eigenen Lebensrechts. Diese Ansicht hat ihre Wurzel in naturrechtlichen Vorstellungen; auch der Einfluß theologischer Anschauungen ist nicht zu übersehen.

---

20) Heiss, S. 3, 17 f, 35, mit weiteren Nachweisen; Hälschner, Der Gerichtssaal 32, 583 f; Scherbius, S. 9; Eckl, S. 101; ähnlich Gesenius I, S. 155 mit weiteren Nachweisen.

21) Hanack, S. 46; vgl. oben Anm. 20.

22) Die verschiedenen Minderheiten, die die Abtreibung gänzlich straflos lassen wollen, weil die Leibesfrucht dem alleinigen Verfügungsrecht der Mutter unterliege, oder die § 218 StGB nur aus bevölkerungspolitischen Gesichtspunkten (z.B. Zillmer, NJW 1958, 2099) anerkennen, können hier außer Acht gelassen werden.

Die zweite Wertung sieht in der Leibesfrucht noch keinen Menschen, sondern ein selbständiges Rechtsgut. Der Eigenwert des Rechtsguts Leibesfrucht erfordert als Vorstufe zum Menschen den Schutz seiner ungestörten Entwicklung und somit mittelbar seines Lebens. Diese Meinung wird in vielen Varianten sehr häufig vertreten. Die h.M. und die Praxis in ständiger Rechtsprechung folgen ihr. Sie findet sich auch im E 1962.

II. DIE FUNKTIONALEN FOLGEN DER UNTERSCHIEDLICHEN BEWERTUNG DER LEIBESFRUCHT

1. Für die Bestimmung des Unrechtsgehalts der Abtreibung

Zwar kann aus beiden Wertanschauungen, die sich in praxi in der Forderung nach Schutz des Lebens für die Leibesfrucht decken, die Bestrafung der Abtreibung begründet werden, da sie im praktischen Ergebnis in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung aller stehen. Aber in ihren funktionalen Folgen sind sie doch sehr unterschiedlich:

Die Ansicht der Gleichwertigkeit von Leibesfrucht und Mensch faßt auch die Abtreibung als Tötung eines Menschen auf. Nach ihr ist die Abtreibung objektiv in gleichem Maße verwerflich wie die Tötung eines bereits geborenen Menschen. Die Folge dieser Wertung ist aber, daß der natürliche Zustandsunterschied von werdendem und geborenem Leben ignoriert und ein daraus sich ergebender Wesensunterschied zwischen Mensch und Leibesfrucht geleugnet wird.

Der Leibesfrucht wird folglich ebenfalls, wie dem bereits lebenden Menschen, ein eigenes unabhängiges Recht auf Leben zugesprochen. Da die Tötung eines Menschen niemals erlaubt sein kann, ist der Staat verpflichtet, auch die Abtreibung zu bestrafen; denn das höchste Rechtsgut des Strafrechts das Leben eines Menschen, ist bedroht. Diese Auffassung ist grundsätzlich ausnahmefeindlich und in jeder Beziehung unflexibel.

Die wesentliche funktionale Folge dieser Haltung liegt in einem weitgehenden Alles-oder-Nichts-Standpunkt. Die hier einmal für richtig befundene Meinung zeigt sich wegen der Forderung nach umfassendem ausnahmslosen Schutz für das Leben der Leibesfrucht jeder Diskussion unzugänglich, da davon stets nur Abstriche von diesem Grundsatz erwartet werden.

Dieser Standpunkt wird in letzter Konsequenz nur noch von religiös gebundenen Menschen und vor allem von der katholischen Kirche vertreten[23], wie diese Meinung ja auch ursprünglich aus religiösen Motiven entstanden ist[24]. Die Parallele zur Lehre des Creatianismus und der Simultanbeseelung

---

23) vgl. dazu die eingehende Auseinandersetzung mit den Konsequenzen dieser Lehre bei der Frage der medizinischen Indikation durch Bockelmann V.

24) vgl. Seite 19 ff.

ist unverkennbar. Für Anhänger dieser Meinung fällt die Abtreibung unter das 5. Gebot, ist also schwere Sünde.

Die 2. Meinung sieht die Strafwürdigkeit der Abtreibung darin, daß der Mensch die Menschwerdung der Leibesfrucht gewaltsam verhindert und so die natürliche Ordnung der Dinge und seine ethische Verpflichtung zur Ehrfurcht vor jeglichem Leben verletzt. Die Leibesfrucht wird nicht mehr als Mensch und Träger eigenen Lebensrechts angesehen. Es wird aber ein "freies Verfügungsrecht über den Embryo noch auf Grund der Sache nicht aber wegen Verletzung oder Bedrohung irgendwelcher kollektiver Interessen" verneint [25].

Diese Ansicht zieht die Konsequenzen aus den natürlichen Unterschieden und Gegebenheiten zwischen dem bereits geborenen Menschen und der Leibesfrucht. Sie ist deshalb auch ausnahmefreundlich und der Güterabwägung zugänglich. Denn der Mensch und seine Lebens- und Umweltbedingungen werden allgemein höher bewertet als die natürliche Chance der Leibesfrucht, Mensch zu werden. Infolgedessen erschließt sie sich auch viel eher einer Diskussion über den erforderlichen Umfang der Abtreibungsbestrafung.

Es fehlt ihr die dogmenhafte Forderung nach umfassendem ausnahmslosem Schutz für die ungestörte Entwicklung der Leibesfrucht. Denn die ethische Verpflichtung zur Ehrfurcht vor dem Leben steht in Wechselbeziehung zu der natürlichen Ordnung der Dinge und diese unterliegt sehr wohl Akzentverschiebungen in ihren Wertungen und Werten [26].

Beide Meinungen unterscheiden sich also darin, was als Unrecht der Abtreibung angesehen werden soll. Daraus erklären sich die unterschiedlichen funktionalen Folgen jeder dieser Theorien. Aber beide stellen gemeinsam den Lebensschutz der Leibesfrucht in den Vordergrund - wenn auch aus unterschiedlichen Motiven. Jedoch ergibt sich aus keiner unmittelbar Aufschluß über den Zeitpunkt, ab welchem dieser Lebensschutz erforderlich ist. Es fragt sich also weiterhin, ab wann die Eigenschaft als Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB vorliegt.

---

25) Eckl, S. 77.

26) So stellen z.B. die heute allgemein anerkannten Lehren vom "erlaubten Risiko" und vom "übergesetzlichen Notstand" eine Einschränkung des Prinzips des unbedingten Lebensschutzes dar.

2. Zur Frage des Beginns der Normwirkung von § 218 StGB

Für das Recht stellt sich diese Frage in zwei verschiedenen Bereichen, nämlich dahin, ob wir die Leibesfrucht "als Träger von Rechten, als Rechtssubjekt, betrachten oder als Schutzobjekt des Rechts, als Rechtsgut im strafrechtlichen Sinn" [27].

Nach geltendem deutschen Recht ist die Leibesfrucht noch kein Rechtssubjekt, denn nach § 1 BGB beginnt die Rechtsfähigkeit generell erst mit der Vollendung der Geburt. Aber kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ist die Leibesfrucht doch in einigen Sonderfällen einer rechtsfähigen Person gleichgestellt beziehungsweise werden aus ihrer Existenz bestimmte Rechtsfolgen abgeleitet [28] [29].

Daneben zeigt die Rechtsprechung die Tendenz, einzelne Vorschriften - besonders aus dem Schadensersatzrecht -, die im Gesetz nur für rechtsfähige Personen gedacht sind, auf die Leibesfrucht für den Fall ihrer Geburt anzuwenden [30]. Die Angleichung der Leibesfrucht an das Rechtssubjekt im Sinn der rechtsfähigen Person ist bei uns also im Vordringen [31].

Dabei wird allgemein vom Zeitpunkt der Befruchtung als dem Beginn dieser beschränkten Rechtsträgereigenschaft der Leibesfrucht ausgegangen. Eine allgemeine Rechtssubjektstellung wird jedoch nicht angenommen [32].

Auch unter dem Blickwinkel des anderen Bereichs, in dem das Recht die Leibesfrucht als Schutzobjekt des Rechts, als Rechtsgut im strafrechtlichen Sinn betrachtet, wird von der h. M. übereinstimmend von der Befruchtung ausgegangen [33], soweit man sich überhaupt Gedanken darüber gemacht hat.

Doch zu eingehenden Überlegungen für eine besonders präzise Abgrenzung von Geburtenregelung und Abtreibung bestand nach der bisherigen typischen

---

27) Schwalm, "Medizinische Klinik" 1967, 1556.
28) vgl. §§ 844 Abs. II S. 2; 1912; 1918 Abs. II; 1923 Abs. II BGB.
29) vgl. §§ 331 Abs. II; 1716; 1913 S. 2; 1963; 2043 Abs. I; 2141 BGB.
30) BGHZ 8, 243; BVerwG 14, 43; BSG 18, 55.
31) Schwalm, a. a. O., S. 1556.
32) Schwalm, a. a. O., S. 1556.
33) vgl. oben Seite 14 ff.

Normsituation kein Anlaß [34]. Dem Stand der Wissenschaft, sowie den Erfordernissen der Praxis entsprechend, bot sich der Befruchtungszeitpunkt als klares Unterscheidungsmerkmal zwanglos und befriedigend an.

Soweit sich Juristen die Mühe machten, diese Festlegung auf den Befruchtungszeitpunkt zu begründen, werden dazu die Tatsachenergebnisse und Folgerungen verschiedener Zweige der Natur- und Geisteswissenschaften, wie Biologie, Medizin, biologische und philosophische Anthropologie, Philosophie und Theologie als Beweise herangezogen und übernommen.

3. Zweites Zwischenergebnis

Ob nun die Leibesfrucht ab der Befruchtung wegen der ihr bereits in diesem Stadium zugesprochenen Eigenschaft als vollwertiger Mensch und Person geschützt wird oder als Vorstufe die qualitativ unter dem bereits geborenen Menschen steht, ist für die Bestimmung des Anfangszeitpunkts dieses Schutzes zunächst ohne Bedeutung. Denn logisch kann das Leben der Qualitätsstufe "Mensch" keinesfalls vor seiner Vorstufe gegeben sein.

Der Zeitpunkt, ab dem die Leibesfrucht als Vorstufe im obigen Sinn geschützt ist, liegt demnach vorher oder allenfalls gleichzeitig mit dem der anderen Wertung. Deswegen erscheint es also nicht notwendig, schon hierzu eine Unterscheidung zu treffen. Weil die Begründungen für die Festlegung auf den Befruchtungszeitpunkt für beide Meinungen weitgehend dieselben sind, genügt es, diese Frage einheitlich zu behandeln. Es ergeben sich diesbezüglich keine abweichenden funktionalen Folgen aus beiden Meinungen.

---

34) Vgl. oben Seite 16.

Kapitel 4

DIE AUSSERJURISTISCHEN BEGRÜNDUNGEN ZUR WESENSNATUR DER LEIBESFRUCHT UND ZUM BEFRUCHTUNGSZEITPUNKT; IHRE BEDEUTUNG UND KRITISCHE UNTERSUCHUNG

Bevor die Stichhaltigkeit der hier zur Begründung angeführten außerjuristischen Argumente überprüft werden kann, stellt sich zunächst die viel allgemeinere kritische Frage, inwieweit es für den Juristen sinnvoll und erforderlich ist, den Erkenntnissen anderer wissenschaftlicher Disziplinen überhaupt Beachtung zu schenken [1]. Damit verbunden ist die Frage einer Bindung des Gesetzgebers beziehungsweise der Interpreten der Gesetze an sonstige Vorbedingungen des Rechts.

I. WELCHEN EINFLUSS HABEN NICHTRECHTLICHE GEGEBENHEITEN UND ERKENNTNISSE AUF DIE BEHANDLUNG VON RECHTSFRAGEN

1 Besteht eine Abhängigkeit des Rechts von den Ergebnissen außerjuristischer Wissenschaften

Es ist auffällig, mit welcher Zurückhaltung die Interpreten des Strafrechts, die doch fortwährend mit allgemeinen Begriffen des täglichen Lebens wie Mensch, Geburt, Tod, Sache, Waffe, Nacht, und ähnlichen befaßt sind, den darum bemühten unjuristischen Natur- und Geisteswissenschaften begegnen. Diese hier gezeigte Vorsicht schützt davor, in allzu große Abhängigkeit von außerjuristischen Wissenschaften zu geraten.

Deren Ergebnisse werden auch oft den Erfordernissen des Rechts nicht gerecht, denn die divergierenden Aufgaben und Ziele der einzelnen wissenschaftlichen Disziplinen bedingen zwangsläufig andere Methoden und abweichende Aspekte in der Fragestellung. Eine Angleichung der Art der Fragestellung

---

1) So erhebt zum Beispiel die Soziologie die Forderung, das Recht müsse sich an der gesellschaftlichen Wirklichkeit orientieren; diese festzustellen sei Aufgabe der Soziologie.
Würtenberger (S. 122) fordert, daß das Recht als mit dem Menschen befaßte Wissenschaft die Ergebnisse der philosophischen Anthropologie berücksichtigen müsse.

und der Methoden erscheint aber eben wegen dieser Verschiedenheiten kaum möglich, insbesondere nicht im Verhältnis von Erfahrungs- und Geisteswissenschaften.

Eine irgendwie geartete Bindung an die Ergebnisse außerjuristischer Wissenschaften setzt deren Bevorrechtigung gegenüber dem Recht voraus. Die Abhängigkeit der Jurisprudenz von der Zielsetzung und den Methoden anderer wissenschaftlicher Disziplinen würde das Recht somit zur Unterordnung zwingen. Was aber "bleibt unter diesen Umständen von der Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft noch übrig" [2] ? Eine Rangfolge gibt es weder zwischen den Natur- und den Geisteswissenschaften, noch innerhalb deren einzelner Sparten.

Eine solche Bindung würde das Recht hindern, allein nach seiner eigenen Teleologie die rechtlichen Aufgaben zu erfüllen und Probleme zu lösen. Zudem müßte es, um stets auf dem neuesten Stand zu sein, starke Einbußen am wichtigen Element der Rechtssicherheit hinnehmen: denn die Folgerungen und Tatsachenergebnisse auch der Naturwissenschaften sind nicht endgültig-unwandelbar und unbezweifelt. Andernfalls müßte das Recht um diesen Unsicherheitsfaktor auszuschalten, zu lange auf dem einmal Anerkannten stehenbleiben.

Eine Bindung des Rechts an die exakten Wissenschaften ist deshalb nicht sinnvoll, weil deren "Tatsachenfeststellungen ... nicht zur Erkenntnis von Sollensnormen" leiten[3]. Dazu müßte man das "Seiende mit dem Gesollten" identifizieren und somit zwangsläufig eine Wertung vornehmen. Dies ist aber nicht Aufgabe dieser Wissenschaften und mit ihren methodischen Prinzipien unvereinbar[4].

Für den Bereich der Geisteswissenschaften beschwört Forsthoff [5] drastisch die Gefahr, dadurch unversehens in die Abhängigkeit einer "Philosophie von vorgestern" zu geraten oder aber jede neue geisteswissenschaftliche Strömung mitmachen zu müssen. Im übrigen fürchtet er auch ein Abgleiten der Jurisprudenz in den Dilettantismus, "da Juristen insgemein keine gelernten Philosophen sind" [6].

2) Forsthoff I, S. 52, Anm. 30.
3) Bockelmann I, S. 232.
4) Bockelmann I, S. 233.
5) Forsthoff I, S. 52.
6) Forsthoff I, S. 52, Anm. 30.

Die Folgerung daraus ist, daß die Resultate außerjuristischer Wissenschaften keine Präjudizien für das Recht sein können. Die Jurisprudenz hat also allein nach ihren Erfordernissen vorzugehen. Nur die Teleologie des Rechts darf den Aspekt der Untersuchung und deren Methode bestimmen. Für die Rechtswissenschaft sind nur spezifisch juristische Gesichtspunkte ausschlaggebend.

Um diese zu finden und sie für die Wissenschaft vom Recht praktisch nutzen zu können, erlangen freilich die Ergebnisse der nichtjuristischen wissenschaftlichen Disziplinen wieder Bedeutung als Arbeitshilfen und Grundlagenmaterial; denn es kann "das Rechtswesen nicht außer Zusammenhang mit den geistigen Bewegungen der Zeit gestellt werden" [7].

Nach den Erfordernissen des Rechts geordnet und ausgewählt, erleichtern sie (oder ermöglichen sie manchmal auch erst), die Auffindung der jeweils maßgeblichen juristischen Gesichtspunkte, da "der Stoff, mit dem es das Recht zu tun hat, nun einmal 'das soziale Leben in seiner Bedingtheit durch die Natur des Menschen und der Welt' ist" [8].

Damit ist nur gesagt, daß die Juristen stets zu eigenen Ansichten und Lösungen gelangen müssen. Diese können sich von den Resultaten der nichtjuristischen Wissenschaften unterscheiden, aber in sehr vielen Fällen stimmen sie doch damit überein. Dies ist dann nicht eine zwangsläufige Folge der Arbeit mit deren Ergebnissen, sondern eine Übereinstimmung, zu der unabhängig davon nach speziell juristischen Erfordernissen angestellte Überlegungen geführt haben.

2. Gibt es "Vorgegebenheiten" des Rechts

Der so verstandene Begriff von der Rechtsmaterie läßt erkennen, daß das Recht und seine Wissenschaft doch nicht schlechthin ungebunden sind. Es stellt sich die Frage einer Bindung des Gesetzgebers an "Vorgegebenheiten" des Rechts (und entsprechend die Notwendigkeit einer Auslegung des Gesetzes nach Maßgabe solcher Vorgegebenheiten).

Es würde hier zu weit führen, im einzelnen der Frage nachzugehen, ob es solche Vorgegebenheiten gibt und in welchem Ausmaß sie in Rechtssetzung

---

7) Forsthoff I, S. 41, Anm. 9.
8) Bockelmann I, S. 234 (ein Zitat von Coing).

und Rechtsanwendung berücksichtigt werden müssen [9]. Es soll dazu lediglich als Ergebnis festgehalten werden, daß "sich zum Naturgesetz in Widerspruch zu stellen, ... dem Rechtsgesetz allerdings nicht möglich" ist [10]. Bei der Schaffung und Interpretation von Rechtsnormen müssen deshalb solche aus Naturtatsachen [11] im weiten Sinn sich ergebende Konsequenzen berücksichtigt werden [12], weil andernfalls dieses Recht funktionsunfähig und damit unverbindlich wird [13].

3. Die Auswirkungen der "Natur der Sache" auf das Recht

Das Recht wird noch von anderen Faktoren betroffen: Die tatsächlichen Geschehnisse können durch Rechtsnormen nur mittelbar gesteuert werden, da das Recht unmittelbar nur die menschliche Willensentscheidung zu beeinflussen vermag [14]. Deshalb muß sich das Recht, um praktisch wirksam werden zu können, an der Wirklichkeit orientieren; denn "der Inhalt des Rechts" ist "weitgehend durch die natürlichen oder sozialen Verhältnisse bestimmt ..., die es ordnet oder an die es seine Ordnung anknüpft" [15].

Dazu sollte es die sich jeweils aus der "Natur der Sache" [16] ergebenden Folgerungen berücksichtigen, um zu wirklich sachgerechten Normen zu kommen; denn "in jeder Situation, in jeder Konstellation von Tatsachen, menschlichen Strebungen und historischen Tendenzen liegt ein Maßstab des Richtigen verborgen, den es auszuhorchen gilt" [17].

---

9) vgl. dazu Zippelius, S. 50 ff; Henkel, S. 160 ff.
10) Bockelmann I, S. 231.
11) z.B. Gravitationsgesetze, geographische und klimatologische Lage des Staates, Geschlechtsunterschied, natürliche Schwangerschaftsdauer.
12) So wäre z.B. eine Norm, die die Dauer der Schwangerschaft verkürzte, sinnlos.
13) Bockelmann I, 231.
14) Zippelius, S. 55.
15) Zippelius, S. 50.
16) vgl. dazu im einzelnen Engisch II; Henkel, S. 288 ff; Zippelius, S. 49 ff.
17) Bockelmann, Bemerkungen zu "Stifters "Witiko", (zit. nach Henkel, S. 288).

Natur der Sache sind also nicht nur alle die konkreten Faktoren der zu ordnenden menschlichen Lebensverhältnisse, sondern es ist darin vielmehr auch "ihre Bedeutsamkeit für die menschlichen Sozialbezüge" [18] mit eingeschlossen. Insoweit ist die Wirksamkeit des Rechts davon abhängig, "daß es sich sachgerecht an der Wirklichkeit orientiert" [19].

Trotzdem ist das Recht nicht bloßes Derivat der Verhältnisse, sondern deren Ordnung [20]; oder wie Henkel [21] es ausdrückt, "in der Natur der Sache" sind "lediglich Ordnungselemente und Strukturen als Vorformen des Rechts zu erblicken".

Der Natur der Sache entspricht also nur sachgerechtes Recht. Dabei darf hier die Gefahr nicht übersehen werden, daß man die vorgefaßten Wertvorstellungen unbemerkt in die Sachstruktur hineinlegt und sie dann im Zirkelschluß als das der Natur der Sache Gemäße wieder herausliest [22].

4. Drittes Zwischenergebnis

Es kann also davon ausgegangen werden, da weder Methoden noch Ergebnisse von nichtjuristischen Wissenschaften für das Recht und seine Wissenschaft bindend sind. Sie sind vielmehr nur als Arbeitsgrundlagen heranzuziehen. Ausgangspunkt bei der Aufstellung und Interpretation von Rechtsnormen sind nur juristische Gesichtspunkte. Diese allerdings sind eingeengt durch Vorgegebenheiten im Sinn von Naturgesetzen. Sie sollen auch an der sich aus der Natur der Sache ergebenden Sachgerechtigkeit orientiert sein, um optimale Wirksamkeit zu erlangen.

---

18) Henkel, S. 290.
19) Zippelius, S. 54.
20) Zippelius, S. 53.
21) Henkel, S. 290 mit weiteren zustimmenden Nachweisen.
22) Zippelius, S. 76.

II. DIE AUSSERRECHTLICHEN BEGRÜNDUNGEN IM EINZELNEN

Nachdem nun die Bedeutung der nichtjuristischen Wissenschaften für die Jurisprudenz und die Bindungen des Rechts geklärt sind, gilt es nun das, was als Ergebnisse solcher Wissenschaften zur Begründung des Abtreibungsverbots angeführt wird, kritisch zu untersuchen.

Es geht dabei hauptsächlich um zwei Beweisführungen:
Man versucht, das selbständige Leben der Leibesfrucht und ihre eigennatürliche Entwicklung als wesensmäßig vollwertiger Mensch zu beweisen, sowie darzulegen, daß dafür jeweils die Befruchtung maßgeblich sei.

1. Die medizinischen Argumente und die Aussage des § 218 StGB

Im § 218 StGB geht das Gesetz selbst schon vom selbständigen und eigennatürlichen Leben der Leibesfrucht aus. Es hat die Leibesfrucht, indem es sie weder als Mensch noch als Sache einstuft, als ein selbständiges Schutzobjekt eigener Art statuiert. Deshalb erscheint eine diesbezügliche Beweisführung unnötig.

Aber man suchte früher die Freigabe der Abtreibung dadurch zu erreichen, daß man die Leibesfrucht in Anlehnung an die römischrechtliche Auffassung als Teil der Eingeweide der Mutter apostrophierte [23]. Dabei argumentierte man mit der offensichtlich gänzlichen Abhängigkeit der Leibesfrucht vom maternen Körper, die sich gerade in dem natürlichen Verwachsensein beider Körper zeige, und unterstellte sie so der Verfügungsgewalt der Schwangeren. Der Deliktscharakter der Abtreibung wurde dadurch vom Tötungsdelikt zum bloßen Gefährdungsdelikt der Gesundheit und Körperintegrität der Schwangeren verschoben.

Die Erkenntnisse von Biologie und Medizin zeigen, daß diese Meinung sachlogisch nicht haltbar ist.

Schon die Gameten zeigen auf Grund ihrer Ausgestaltung eine "scharfe Trennung sowohl zum maternen wie auch paternen Leben" [24], und diese

---

23) Dig. 25, 4, 1, 1: "partus enim antequam edatur mulieris portio est vel viscerum".

24) Waider, S. 47; vgl. auch Schmidtlein, S. 46 f.

bleibt auch in der weiteren Entwicklung des Keimlings erhalten. Zwar ist die Leibesfrucht in der Gestationsphase direkt von der Versorgung durch den Mutterleib abhängig und deshalb mit dem maternen Gewebe verbunden, aber sie führt entwicklungsmäßig bis zur Geburt stets ein selbständiges Leben mit nur ihr eigener besonderer Entwicklungsgesetzlichkeit [25]. Bereits der Embryo hat eigenen Blutkreislauf und eigenen Stoffwechsel, er zeigt unabhängige Lebensäußerungen, wie eigene Bewegungen, eigene Temperatur und eigene Erkrankungen [26].

Dieses selbständige Leben des Keimes sei aber auch 'neues menschliches Leben' [27], da es von Menschen neu gezeugt werde. Es beginne mit der Befruchtung, weil es dadurch erst entstehe; denn erst durch die Befruchtung werde die Weiterentwicklung der Eizelle möglich, indem sie zu fortgesetzter Teilung befähigt [28] und die Vereinigung der Erbanlagen ermöglicht. Die Befruchtung ist also "Grundlage der Vererbung", "notwendige Entwicklungsanregung der Eizelle", und hat das Ziel "ein neues Individuum entstehen zu lassen" [29]. Deshalb müsse der Keim bereits mit der Befruchtung als Träger selbständigen Lebens angesehen werden [30].

2. Die biologischen, biologisch-anthropologischen und philosophisch-biologischen Begründungen und ihre Bedeutung für die Aussage des § 218 StGB

Die Erkenntnisse der "Biologie als 'Vertreter der Lehre vom Leben' im weitesten Sinne" [31] werden herangezogen, um die Eigennatur des Keimlings und sein wesensmäßiges Menschsein ab der Befruchtung zu belegen [32].

---

25) Schmidtlein, S. 33; so auch das Ergebnis der Ausführungen Waiders (S. 28 - 48).
26) Waider, S. 47; Karpf, S. 32; Schmidtlein, S. 34 f.
27) Waider, S. 47; Karpf, S. 33; Schmidtlein, S. 33.
28) vgl. oben S. 6.
29) Ferner, S. 36 f.
30) Waider, S. 47; Karpf, S. 33; Schmidtlein, S. 51.
31) Karpf, S. 33; ebenso Waider, S. 49.
32) Waider, S. 49 - 110 (insbesondere S. 86 ff.); Karpf, S. 33 - 37; Schmidtlein, S. 32 - 36 und S. 46 - 53

Doch stammen, wie Eckl zutreffend feststellt, die Argumente für das Menschsein der Leibesfrucht sämtlich aus der theoretischen Biologie [33]. Es stehen dabei letztlich wohl immer die Vertreter kausalanalytischer, mechanistischer Entwicklungstheorien gegen die "Vitalisten", die "natürliche Schöpfungsgeschichte" gegen die Auffassung von der "übernatürlichen Schöpfungsgeschichte"[34].

Stets wird dabei Ernst Haeckel bekämpft, der als erster eine geschlossene mechanistische Theorie der Stammes- und Individualentwickelungsgeschichte ausbildete. Die Notwendigkeit einer ausführlichen Auseinandersetzung mit Haeckel wird damit begründet, daß sein "Biogenetisches Grundgesetz" die Argumente geliefert habe und auch heute noch liefere, um den Qualitätsunterschied von Mensch und Leibesfrucht naturwissenschaftlich zu begründen[35].

Da auch Haeckel in der Befruchtung den Zeitpunkt sieht, mit dem ein ganz neues Wesen (Individuum) seinen Anfang nimmt [36], wird dies übernommen, und es dreht sich die Auseinandersetzung nur noch um den Nachweis der durchgehend eigennatürlichen Menschenentwicklung der Leibesfrucht.

Das biogenetische Grundgesetz besagt, die Entwicklung des Individuums sei eine abgekürzte und geraffte Rekapitulation der Entwicklung des zugehörigen Stammes [37]. Jeder Keimling durchläuft also stets in Kurzform dieselbe Reihe von Entwicklungsstufen und Umbildungen wie seine gesamte tierische Ahnenreihe. Phylogenese und Ontogenese [38] des Menschen laufen dabei parallel.

Der menschliche Keimling weist darnach nicht von Anfang an die für den Typ Mensch spezifischen Strukturen und Merkmale auf, sondern entwickelt diese viel später, nachdem er die niederen Stufen durchlaufen hat [39]. Dies führt zu dem Schluß, daß die Leibesfrucht im Frühstadium ihrer Entwicklung nicht einmal ein Lebewesen eigener Art, also auch kein typisch menschlicher Keim sei [40].

---

33) Eckl, S. 73.
34) vgl. die Zusammenstellung bei Hübner, S. 1 ff.
35) Schmidtlein, S. 36, Anm. 3; Waider, S. 49 f.; Karpf, S. 33.
36) zit. nach Schmidtlein, S. 37 (Anm. 5) und Waider, S. 55.
37) vgl. Waider, S. 55 ff.; Karpf, S. 33 f; Schmidtlein, S. 40 f.
38) Unter Phylogenese versteht Haeckel die Entwicklung des Stammes; unter Ontogenese die des einzelnen Individuums.
39) Schmidtlein, S. 42.
40) Schmidtlein, S. 42; Waider, S. 58 ff.

Mit diesem Ergebnis konnte natürlich wirkungsvoll die Forderung nach Freigabe der Abtreibung in den ersten Monaten der Schwangerschaft auch naturwissenschaftlich untermauert werden [41].

Die Darwinistische Entwicklungslehre wird heute auf Grund moderner Forschungen und Experimente weithin als bewiesen angesehen [42], doch wird in der heutigen Biologie dem biogenetischen Grundgesetz Haeckels nur noch in groben Zügen und nicht allgemein Geltung zuerkannt [43]. Es wurde nachgewiesen, daß Keimlinge nur Embryonalstadien, nicht aber erwachsene Formen wiederholen können [44]. Deshalb ist es nicht möglich, die Phylogenese aus der Ontogenese unmittelbar abzulesen. Haeckel sei auch in Wahrheit nicht von der empirisch faßbaren Ontogenese ausgegangen, sondern habe seine nach "hypothetischen Gedankengängen konstruierte Stammesentwicklung zum Muster der Einzelentwicklung gemacht" [45].

Die Biologie geht heute davon aus, daß jede Keimesentwicklung schon von der Befruchtung an eigennatürlich und von der anderer Keime unterscheidbar ist und bleibt. Trotz zeitweiliger vorübergehender Ähnlichkeit im Frühstadium durchlaufen menschliche und tierische Keimlinge stets eine spezielle, voneinander unterscheidbare Ausbildung. Ihre Verschiedenheit wird dabei mit zunehmendem Alter immer deutlicher. Naturwissenschaftlich ist also die Entwicklung des menschlichen Keimes dauernd eine "eigennatürliche Menschenentwicklung" [46].

Mit der Feststellung der Eigennatur der Keimesentwicklung hat aber noch nicht die Frage der Wesensnatur der Leibesfrucht beantwortet werden können. Rein durch biologische Argumente nachzuweisen, daß die Leibesfrucht auch wesensmäßig ein vollwertiger Mensch sei, und dies bereits ab der Befruchtung, versucht als erster Schmidtlein [47]:

---

41) vgl. dazu die bei Waider, S. 49, Anm. 2, ausführlich angegebene Literatur.
42) Hübner, S. 9.
43) zu den Einzelheiten vgl. Schmidtlein, S. 42 ff; Waider, S. 62 ff; Karpf, S. 35.
44) Schmidtlein, S. 43.
45) Conrad-Martius, S. 26.
46) Schmidtlein, S. 45.
47) vgl. Schmidtlein, S. 53 - 60.

Dazu zieht er die biologische Anthropologie heran, da es deren Aufgabe ist, "nach den Konstitutiva des Menschen zu fragen"[48]. Schmidtlein muß aber dann selbst einräumen, daß die von dieser Wissenschaft herausgearbeiteten Wesenscharakteristika des Menschen (aufrechter Gang, Geist, Sprache, Vermögen zum Kulturschaffen), die nur auf den bereits lebenden und voll entwickelten Menschen zutreffen, ungeeignet zur Wesensbestimmung der Leibesfrucht sind[49], ja gerade die Verschiedenheit von Mensch und Leibesfrucht zu beweisen scheinen[50].

Demgegenüber führt er aber an, daß bereits in der befruchteten Eizelle der kommende Mensch epigenetisch[51] prädisponiert sei. Auch sei der Mensch an sich eine physiologische Frühgeburt, da er diese Wesenscharakteristika frühestens ein Jahr nach seiner Geburt auszubilden beginnt[52]. Die Forderungen der biologischen Anthropologie könnten deshalb nicht auf das Frühstadium des Menschen und somit auch nicht auf die Leibesfrucht angewendet werden. Da der Gedanke, die Entwicklung des Menschen in einem Stufenschema zu sehen und der Gedanke eines Wesenssprungs allgemeinem biologischen Denken widerspreche[53], müsse die Leibesfrucht schon ab der Befruchtung auch aus biologischer Sicht als Mensch angesehen werden.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Sie geht deshalb fehl, weil die Biologie sehr wohl einen individuellen Entwicklungsablauf in Abschnitte unterteilt, ohne ein Stufenschema im Sinne Haeckels anzunehmen[54] und weil Schmidtlein den biologischen Begriff "Entwicklungssprung" mit dem philosophischen Begriff "Wesenssprung" gleichsetzt[55].

---

48) Schmidtlein, S. 54.

49) Soweit ersichtlich, setzt die Anthropologie sich heute nicht mit der Stellung der menschlichen Leibesfrucht auseinander. Der Embryo erfährt lediglich eine Erwähnung im Zusammenhang mit der Darstellung und der kritischen Betrachtung der Abstammungslehre (Overhage, "Stimmen der Zeit", 168. Bd., S. 186.).

50) Schmidtlein, S. 55.

51) vgl. oben Seite 7.

52) vgl. Schmidtlein, S. 56 ff.

53) Schmidtlein, S. 56.

54) vgl. z.B. für die menschliche Leibesfrucht Wolf - Naujoks, S. 31.

55) Das zeigt sich auch darin, daß er dazu den Religionsphilosophen Guardini anführt.

Oftmals versucht man auch die Menschenqualität der Leibesfrucht ab der Befruchtung "biologisch" zu begründen, indem vitalistische Entwicklungstheorien herangezogen werden [56]. Diese kommen zu dem Ergebnis, daß die menschliche Eizelle in allen Stadien ihrer Entwicklung wesensmäßig Mensch sei, weil ihr schon von der Befruchtung an immateriell-transzendent die Kraft zur Ausbildung eines wesenhaft menschlichen Organismus spezifisch innewohne; denn allein könne "die im materiellen Substrat enthaltene Materie die Formbildungen nicht vollbringen" [57].

Schließt man sich solchen Theorien an, so scheint freilich die Befruchtung als Beginn der Menschenqualität der Leibesfrucht auch biologisch bewiesen [58]. Aber doch ist damit der Übergang von der exakten Biologie zur Philosophie bereits vollzogen [59], da es sich hier "letztlich um eine 'naturphilosophische' Schau der Gesamt- wie Einzelentwicklung"handelt, bei der "bereits philosophisch vorzugehen war" [60].

Schlüsse dieser Art, wie auch überhaupt die Einführung immateriell-transzendenter Faktoren sind jedoch - und dies bestätigt auch J. Haas - dem Wesen der Biologie als empirischer, als Naturwissenschaft, nicht mehr gemäß; denn "die Biologie als Naturwissenschaft erfaßt ja immer nur das materielle Geschehen" [61].

Die Naturwissenschaften sind also, soweit sie als exakte Wissenschaften in Betracht gezogen werden sollen, auf wertungsfreie Feststellungen tatsächlicher Art beschränkt. Deshalb sind auch nur solche Faktoren kritisch zu prüfen, und es kann auf eine Stellungnahme zu den Theorien über das Wesen

---

56) z.B. Conrad-Martius durch Waider und Karpf; vgl. dazu auch Haas und die kurze Übersicht über die Richtungen der Evolutionstheorien bei Hübner, S. 1 ff.

57) Haas, S. 409.

58) Da die Autoren, die aus biologischen Evolutionstheorien Folgerungen für das Recht (hier § 218 StGB) ziehen, sich nur auf die Vitalisten berufen, wurden auch nur diese angeführt. Deshalb konnte auf die Darstellung moderner mechanistischer Evolutionstheorien verzichtet werden (vgl. dazu Oparin; Gössler). Der Streit zwischen kausalanalytisch-mechanistischen und vitalistischen Theorien ist wissenschaftlich noch nicht entschieden.

59) Karpf, S. 38.

60) Waider, S. 110.

61) Haas, S. 409.

des Lebens allgemein und der Leibesfrucht im besonderen verzichtet werden. Hierzu Stellung zu nehmen, ist nicht Aufgabe des Juristen.

Die von den hier angeführten Autoren bezüglich der selbständig-eigennatürlichen Entwicklung der menschlichen Leibesfrucht dargestellten naturwissenschaftlichen Fakten und die daraus gezogenen Folgerungen sind richtig. Die Ausbildung der menschlichen Leibesfrucht wird heute unbestritten als selbständig und eigennatürlich angesehen.

Auch das StGB vertritt diese Meinung, indem es in § 218 das Leben der Leibesfrucht als selbständiges Rechtsgut statuiert. Damit erkennt es zugleich auch die Eigennatur der Leibesfrucht an, da es sie nicht dem strafrechtlichen Sachbegriff unterstellt. Dies wäre aber die Folge, wenn es die Natur der Leibesfrucht im Frühstadium als tierisch ansehen würde.

Die jetzigen Bemühungen, die Selbständigkeit und Eigennatur der Leibesfrucht auch naturwissenschaftlich zu beweisen, sind also nur eine nachträgliche Bestätigung und Begründung des im Gesetz bereits seit 1871 Festgelegten. Ihre praktische Bedeutung liegt in der Widerlegung der diesbezüglich aufgestellten gegenteiligen Behauptungen, mit denen § 218 StGB früher angegriffen wurde.

Allerdings beginnt nach dem StGB der Mensch strafrechtlich eindeutig erst mit dem Beginn der Geburt [62]. Die Bestimmungen des geltenden und des geplanten StGB lassen deutlich erkennen, "daß strafrechtlich die entscheidende Grenze zwischen den Begriffen 'Mensch' und 'Leibesfrucht' verläuft, während der Begriff 'Kind' hier nur den Anfang der Menschenqualität kennzeichnet" [63].

Untersuchungen darüber, ob bereits die Leibesfrucht wesensmäßig Mensch ist oder nicht, haben für das Strafrecht insoweit also nur akademischen Charakter, da strafrechtlich de lege lata und de lege ferenda die Leibesfrucht noch kein Mensch ist.

---

62) Nach allgemeiner Meinung ist dies der Beginn der Presswehen; vgl. Leipziger Kommentar Vorbem. zu § 211 ff I 2; Schönke - Schröder § 217 Rdn. 5.

63) Schwalm, a.a.O., S. 1557; so auch Wolf - Naujoks, S. 78.

3. Kritik und Vergleich der naturwissenschaftlichen Argumente für den Befruchtungszeitpunkt an Hand spezieller neuer Forschungsergebnisse

Bezüglich des Zeitpunkts, ab dem eine Leibesfrucht im Sinn des Strafrechts gegeben ist, halten die biologisch-medizinischen Ausführungen einer kritischen Prüfung nicht stand. Ihre Darstellung ist einseitig [64] und entspricht nicht neuesten Erkenntnissen. Sie sind schon im Ansatzpunkt teilweise verfehlt:
Es wird allgemein von der Prämisse ausgegangen, daß schon das Spermovium eine Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB ist. Dazu (ver)führt folgender Gedankengang:
Nur aus der Vereinigung von menschlichem Samen und Ei hervorgegangene Keime können Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB sein. In ihm ist die Abtötung der Leibesfrucht unter Strafe gestellt und somit ihr Leben geschützt. Voraussetzung für eine Abtreibung ist also eine lebende Leibesfrucht. Da naturwissenschaftlich das Leben mit der Befruchtung beginne, sei diese entscheidend für den Zeitpunkt, mit dem die Schutzwirkung des § 218 StGB zu beginnen hat.

Damit aber wird der Begriff der Leibesfrucht nicht mehr rechtlich von der Teleologie des Gesetzes her bestimmt, sondern außerjuristisch (hier naturwissenschaftlich) vom angeblichen biologischen Lebensbeginn des menschlichen Keimes.

Was Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB ist, ist eine juristische Frage. Deshalb muß auch die Untersuchung, ab wann eine Leibesfrucht in diesem Sinn vorliegt, durch Auslegung der Norm nach den Grundsätzen der juristischen Hermeneutik ermittelt werden. Dazu ist im Rahmen der Auslegungsgrenzen vor allem nach der Teleologie der Norm des § 218 StGB zu fragen. Wann die Eigenschaft als Leibesfrucht gegeben ist, muß dann unter diesen juristischen Gesichtspunkten entschieden werden.

Zur Begründung des Befruchtungszeitpunktes wird angeführt, daß biologisch das Leben mit der Befruchtung beginne, weil mit der Verschmelzung der Keimzellen ein neues Leben seinen Anfang nehme.

---

64) Es fehlen völlig die Vertreter mechanistischer Entwicklungstheorien.

In der Naturwissenschaft ist aber die Definition vom "Leben" umstritten. Auf die Einzelheiten dazu einzugehen würde hier zu weit führen [65]. Einigkeit besteht jedoch darüber, daß biologisches Leben jedenfalls stets das zelluläre Leben ist [66]. Unbestritten haben bereits Spermium wie auch Ei solches zelluläres Leben; denn biologisches Leben hat "auf dieser Erde ... nur einmal begonnen und nie wieder aufgehört ... zu existieren" [67].

Mit der Befruchtung wird also kein 'neues Leben' gezeugt, sondern "das zelluläre Leben der zur Konzeption kommenden Keimzellen geht kontinuierlich weiter, es hört im Verlauf des Befruchtungsvorgangs nie auf und kann deshalb auch nicht neu beginnen" [68]. Das Spermovium verändert mit der Befruchtung also nicht die Eigenschaften des biologischen Lebens, "sondern lediglich die individuelle Merkmalstruktur" [69].

Für die meisten Biologen ist deshalb die Ausbildung des materiellen Substrats das einzige Geschehen beim Werden der Organismen [70]. "Es besteht kurz zusammengefaßt im Aufbau des materiellen Substrats ..., also in der Synthese von Nucleinsäuren und Proteinen; im Aufbau der Keimzellen und ihrer Organe, besonders ihrer Chromosomen; in der Reifeteilung während der Meiose und Verschmelzung der Keimzellen bei der Befruchtung; schließlich in der daran sich anschließenden Keimesentwicklung" [71]. Ein eigentliches neues Werden findet hier also nicht statt, "es wird vielmehr schon existierender Stoff ... in die ... geeignete Struktur gebracht" [72].

Biologisches Leben haben demnach Ei, Spermium und Zygote in gleicher Weise. Es ist somit biologisch dasselbe, ob der Samen das Ei befruchtet und dann diese Zelle betrachtet wird oder Spermatozoe und Ei allein. Es ist deshalb biologisch ebenfalls dasselbe, ob durch Verhinderung der Befruchtung der Tod von Ei und Spermatozoe herbeigeführt wird oder durch

---

65) Die kritische Grenze scheint zwischen den Bakteriophagen, die noch zu den Viren gehören, und den Bakterien zu verlaufen (vgl. dazu Mampell, S. 7 ff; Haas, S. 395 ff; Löbsack I).

66) Haas, S. 396.

67) Zimmer, DÄBl 1968, S. 450.

68) Zimmer, a.a.O., S. 450.

69) Zimmer, a.a.O., S. 450.

70) Haas, S. 408 f.

71) Haas, S. 409.

72) Haas, S. 410.

Verhinderung der Nidation das Absterben der Zygote. In allen Fällen wird biologisches zelluläres Leben vernichtet.

Die Natur selbst opfert im Verlauf des Fortpflanzungsvorgangs millionenfach solches "zelluläres menschliches Leben, nämlich lebende Spermatozoen". Man weiß auch, daß nach erfolgter Befruchtung immer noch 50 % dieser Eizellen nicht zur Nidation kommen und somit zugrunde gehen. Erst mit fortschreitender Entwicklung sinkt die Verlustrate in der Embryonalphase auf etwa 10 %, in der Fetalphase beträgt sie nur noch 4 % [73].

Auch die Weiterentwicklung der Zygote verläuft nach der Befruchtung nicht ohne Einschnitt. Vergleichende Forschungen haben ergeben, daß der Fortpflanzungsvorgang des Menschen und der Säuger - analog der Zweiteilung der Entwicklung einer Zygote bei höheren Pflanzen, einmal bis zum Samen und vom Samen bis zur ausgewachsenen Pflanze [74] - ebenfalls eine auffällige Zweiteilung gleicher Art zeigt.

Deutlich können zwei Phasen prinzipieller Art unterschieden werden. Eine erste und eine zweite Versorgungsphase, die Progestations- und die Gestationsphase. Die Progestationsphase ist bei allen Säugern spezies unabhängig gleich und dauert auch gleich lang. Sie endet stets mit der Nidation. Die Gestationsphase dagegen hat eine jeweils speziesspezifisch unterschiedlich lange Dauer. "Der für die zwei Phasen typische Wechsel von der Unabhängigkeit zur Abhängigkeit von der Spezies zeigt deutlich den übergeordneten Rang dieses Prinzips" [75].

Während eine eventuelle Befruchtung keinen Einfluß auf die Hormonsteuerung des weiblichen Zyklus in der Progestationsphase hat, ist die Umstellung der hormonalen Steuerung zur Gestationsphase, also auf Dauerwirkung, abhängig von der Nidation. Erst durch diese Umstellung wird eine Schwangerschaft möglich. Deshalb ist die Nidation Voraussetzung und Beginn der Schwangerschaft [76].

In der Progestationsphase geschieht die Nahrungsaufnahme und der Stoffwechsel durch Diffusion, ohne daß die Zygote festen Kontakt zum maternen Körper hat. Diese Art der Versorgung ist aber nur beschränkt möglich, so

---

73) Zimmer, a.a.O., S. 452 f; Döring, S. 28, beide mit weiteren Nachweisen.

74) Zimmer, a.a.O., S. 450 und S. 451.

75) Zimmer, a.a.O., S. 451.

76) Zimmer, a.a.O., S. 452 und S. 453, vgl. auch oben S. 9 Anm. 32.

daß die Zygote im Endstadium kaum größer ist als das ursprüngliche Ei. Erst die praktisch unbeschränkte direkte Versorgung durch den maternen Körper in der Gestationsphase ermöglicht die jeweilige Größenausbildung [77].

Diese Darstellung der neuen biologisch-medizinischen Erkenntnisse, die speziell unter dem Gesichtspunkt gewonnen wurden, Grundlagenmaterial für eine bessere Orientierung anderer Wissenschaften (hier Theologie und Jurisprudenz) zu erarbeiten, muß so auf sich beruhen bleiben. Daraus Schlüsse für unsere Frage zu ziehen, ist der juristischen Auslegung der Norm des § 218 StGB vorbehalten.

4. Bedeutung und Kritik der philosophisch-anthropologischen und der philosophischen Begründungen

Zur Begründung der Befruchtung als Konstitutivum für das wesensmäßige Menschsein des menschlichen Keimes werden nicht nur die Forschungsergebnisse der Naturwissenschaften, sondern auch die Folgerungen der Geisteswissenschaften herangezogen; denn es fällt schwer, das Phänomen Mensch allein im physischen Bereich festzulegen. Zu offensichtlich ist seine metaphysische Komponente. So werden denn auch die philosophische Anthropologie und die Philosophie dazu bemüht.

Besonders die philosophische Anthropologie [78] bemüht sich "um eine Definition des Menschseins" [79]. Sie bestreitet den Anspruch der Naturwissenschaft, "allein von ihrem positivistischen Boden aus das Wesen des Menschen zu interpretieren" [80]. Aber auch sie, die heute am Ganzheitsgedanken orientiert [81], "um eine echte Gesamtschau vom Wesen des Menschen" ringt [82], hat sich nur um den schon vollentwickelten Menschen bemüht,

---

77) vgl. Zimmer, a.a.O., S. 450.

78) Die philosophische Anthropologie versucht, synoptisch die mannigfachen philosophischen Strömungen auswertend, eine Sinndeutung des von empirischen Wissenschaften erarbeiteten Materials über den Menschen (so Würtenberger, S. 122).

79) Schmidtlein, S. 62.

80) Würtenberger, S. 122.

81) Der Ganzheitsgedanke beinhaltet die Einheit von Leib und Seele des Menschen im Gegensatz zum Dualismus Leib - Seele bei Descartes. Würtenberger, S. 122.

82) vgl. Henkel, S. 173.

so daß die Wesensbestimmung der Leibesfrucht durch bloße Übertragung dieser Kriterien nicht durchführbar ist [83] [84]. Dies ist auch deshalb nicht möglich, "weil das psychisch-geistige Verhalten und Angelegtsein der Leibesfrucht noch nicht erforscht ist"[85].

Weil überhaupt kein Philosoph der Neuzeit sich mit dem Wesenscharakter der Leibesfrucht befaßt [86], werden schließlich allgemeine philosophische Überlegungen zum Problem des Werdens zur Problematik von Möglichkeit und Wirklichkeit herangezogen, um das wesensmäßige Menschsein der Leibesfrucht schon ab der Befruchtung darzulegen [87] und die Folgerung daraus dem Recht zur Berücksichtigung anzuempfehlen [88].

Der aristotelisch-thomistischen Lehre von Potenz und Akt, von der Entwicklung aus dem Zustand des Möglichen (= ungeformte Materie) zur vollendeten Wirklichkeit (= geformte Materie, Form) und der Lehre von den Stufen der Seele, die Philosophie und Theologie bis ins späte Mittelalter beeinflußten [89], wird insbesondere die neue Lehre Nicolai Hartmanns über Möglichkeit und Wirklichkeit gegenübergestellt und auf das Werden der Leibesfrucht übertragen [90].

Danach sei auch deren Entwicklungsablauf ontologisch als Einheit aufzufassen. Als Anfangspunkt dieses einheitlichen - und damit wesensmäßig stets gleichen - Werdevorgangs wird die Befruchtung genommen. Mit ihr nämlich seien die Bedingungsketten zur Entstehung eines Menschen erfüllt, denn zu diesem Zeitpunkt seien alle Anlagen zum Menschen entstanden und determiniert. Mit ihr beginne also der Ablauf der Kausalreihe eines Entwicklungsvorgangs, dessen Objekt stets wesensmäßig Mensch sei.

---

83) Schmidtlein, S. 65.

84) z.B. die Möglichkeit, geistige Akte zu vollziehen (Scheeler), das Vermögen, sich in Freiheit zu gestalten (Hartmann) oder Kulturträger und Former der Weltkultur zu sein (Rothacker).

85) Schmidtlein, S. 65.

86) Schmidtlein, S. 61 und S. 83.

87) Vgl. Waider, S. 110 ff; Wolf - Naujoks, S. 120 f; Schmidtlein, S. 65 ff; Guardini, "Das Recht des werdenden Menschenlebens".

88) Schmidtlein, S. 2 ff.

89) So ist zum Beispiel die Lehre vom foetus animatus und foetus inanimatus davon beeinflußt.

90) vgl. Waider, S. 113 ff; Schmidtlein, S. 78 ff.

Damit mag zwar die biologische Tatsache, daß aus einer Zygote ein Mensch werden kann und normalerweise auch wird, auf geistiger Ebene nachvollzogen sein. Jedoch ist die Festlegung der Befruchtung als Ausgangspunkt nicht richtig. Sie ist nur eine der Bedingungen des Werdens zum Menschen.

Auch Ei und Spermium - die ja schon vor der Befruchtung die Anlagen zum Menschen in sich tragen - sind neben anderen natürlichen Voraussetzungen [91] ebensolche Vorbedingungen der folgenden Kausalreihe. Sie sind also in gleicher Weise in die Einheit des Werdevorgangs zum Menschen einzubeziehen. Man kann nicht die Bedingungskette eines solchen Vorgangs an einem beliebigen, für das zu beweisende Ergebnis günstigen Punkt beginnen lassen weil dadurch die vorher liegende Kausalkette abgeschnitten wird und somit unberücksichtigt bleibt.

Deshalb ist diese Beweisführung nicht geeignet, die Befruchtung als alleinentscheidendes Kriterium für den Beginn des Werdens des Menschen und das wesensmäßige Menschsein schon des Keimes zu belegen. Um die Einheit des Werdevorgangs beim Menschen darzutun, geht sie nämlich von der Befruchtung aus, anstatt erst zu beweisen, daß diese der alleinige Ausgangspunkt sein kann. Es fragt sich ja gerade, welcher Zeitpunkt entscheidend ist.

Die Philosophie Nicolai Hartmanns ist eine Grundlagenphilosophie zum Problem des Werdens. Deshalb ist es nicht möglich, sie auf einen Ausschnitt eines Geschehens anzuwenden. Mit gleicher Berechtigung könnte man sonst diese Lehre auch auf andere Abschnitte der menschlichen Entwicklung, etwa ab der Bildung des Zentralorgans [92] oder ab der Geburt übertragen.

Die moderne Philosophie hat Entwicklung und Wesen der Leibesfrucht nicht durchdacht. Auch die oben dargelegten Ansätze dazu befriedigen nicht. So ist also kein von der Philosophie erarbeitetes Grundlagenmaterial vorhanden, auf das die Jurisprudenz bei unserer Frage zurückgreifen könnte. Aber es sind

---

91) z. B. die natürlichen Vorgänge bei der Reifung der Gameten, der Geschlechtsakt zur befruchtungsfähigen Zeit, die Nidation, die Ausbildung des Zentralorgans, die Geburt.

92) Biologisch ist ein Individuum erst dann vorhanden, "wenn sein komplexer Organismus alle lebenswichtigen Anteile besitzt und wenn das Zentralnervensystem soweit ausgebildet ist, daß die für das betreffende Individuum typischen Reaktionen möglich werden". Dies ist etwa ab dem dritten Schwangerschaftsmonat möglich (Karl von Frisch zit. nach Zimmer a.a.O., S. 449).

ja zudem die philosophischen Aspekte dieses Problems nicht identisch mit den rechtlichen Gesichtspunkten, so daß schon deswegen eine Berücksichtigung bedenklich wäre [93].

5. Die Bedeutung der theologischen Standpunkte für die Frage des Beginns der Leibesfrucht

Wie im Abschnitt über die Geschichte der Motive des Abtreibungsverbots aufgezeigt wurde, kam der Anstoß zur Bestrafung der Abtreibung bei uns von der Theologie. Auch die Theologie der Gegenwart beschäftigt sich mit der Frage nach der Natur der Leibesfrucht und ihrem Beginn. Der Blickwinkel, aus dem sie unser Problem betrachtet, und das Ziel ihrer Fragen sind vom Glaubensbild her beeinflußt.
Die katholische Theologie betrachtet den Menschen in der Bezogenheit seiner Seele zu Gott. Für sie ist also die Frage entscheidend, ab wann ein Mensch eine Seele hat [94] [95]. Ab diesem Zeitpunkt ist er als Mensch zu betrachten; denn die Einheit von Leib und Seele ist in dem Lehrsatz "anima forma corporis" [96] festgelegt.

Zur Frage des Zeitpunkts der Beseelung sind mehrere Theorien entwickelt worden [97]. Heute herrschend in der katholischen Theologie ist die Theorie der Simultanbeseelung und des Creatianismus [98]. Danach folgt die Erschaffung der Seele durch Gott und die Beseelung des Keimes im Augenblick der Befruchtung [99]. Deshalb ist nach der Lehre der katholischen Kirche die

---

93) vgl. oben S. 38 ff.
94) Schmidtlein, S. 92.
95) Der Begriff Seele wird nicht nur von der Theologie, sondern auch von der Psychologie und den Naturwissenschaften verwendet. Dabei wird aber von verschiedenen Seelenbegriffen ausgegangen.
96) zit. nach Schmidtlein, S. 96.
97) vgl. Hirschmann in: Baumeister - Smets, S. 71; Schmidtlein, S. 87 ff.
98) vgl. Schmidtlein, S. 90, Anm. 8 und S. 92, Anm. 15.
99) Auch nach der Theorie der Sukzessivbeseelung darf die Leibesfrucht vor der Beseelung nicht beseitigt werden, da sie zwar noch nicht homo perfectus, aber doch homo in potentia ist, und durch die Abtreibung die Leibesfrucht des übernatürlichen Lebens verlustig geht.

Leibesfrucht ab der Befruchtung dem lebenden Menschen gleichgestellt und die Abtreibung ein "homicidium".

Die evangelische Theologie vertritt heute die Auffassung, daß die Leibesfrucht von der Befruchtung an Kind, also wesensmäßig Mensch ist. Dies wird nicht nur mit Belegstellen aus der Bibel, sondern auch mit biologischen Argumenten begründet [100].

Die Leibesfrucht führe ab der Befruchtung ein Eigenleben. Auch wenn sie zunächst noch unvollständig sei, entwickle sie sich doch zum Menschen und sei deshalb schon im Frühstadium gleichwertig dem lebenden Menschen [101]. Die Schutzwürdigkeit der Leibesfrucht resultiert auch aus ihrer Bezogenheit auf Gott. Sie ist, einbezogen in den Heilsplan Gottes, von Anfang an für ihn bestimmt [102].

Die Grundlagen der Lebensordnung in unserem Staate und in vielen Bereichen auch unserer Wertanschauungen sind weitgehend vom Christlichen her beeinflußt. Unbestritten ist es aber nicht Aufgabe des vom Staat gesetzten Rechts, christliche Vorstellungen über das Wesen der Leibesfrucht und die daraus abgeleitete Festlegung des Befruchtungszeitpunkts als Beginn der Leibesfrucht, durch Strafe zu schützen und durchzusetzen [103]. Deshalb erscheinen theologische Lehrmeinungen nicht geeignet zur Beantwortung der Rechtsfragen, ab wann die Eigenschaft als Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB gegeben ist.

6. Viertes Zwischenergebnis

Es hat sich gezeigt, daß, soweit außerjuristische wissenschaftliche Disziplinen für das Recht als Hilfswissenschaften zur Bestimmung des Rechtsguts und des Wirkungszeitpunktes des § 218 StGB herangezogen wurden, deren Ergebnisse nicht zwingend für das Recht sind. Sei es, daß die Ergebnisse selbst im einzelnen nicht eindeutig genug sind, sei es, daß in den Folgerungen die Grenzen dieser Wissenschaften überschritten wurden, oder daß der Aspekt der

---

100) vgl. die ausführlichen Bibelzitate bei Schmidtlein, S. 96 f.

101) im einzelnen vgl. Schmidtlein, S. 96 ff.

102) Schmidtlein, S. 97.

103) Ebenso muß sich die Theologie nicht die Wertvorstellungen des weltlichen Rechts zu eigen machen.

Betrachtung des Untersuchungsgegenstandes für die Rechtswissenschaft ohne wesentliche Bedeutung ist.

Die Bestimmung des Begriffs Leibesfrucht in § 218 StGB ist eine rein rechtliche Frage. Deshalb muß seine Untersuchung nach juristischen Methoden und rechtlichen Gesichtspunkten vorgenommen werden.

Kapitel 5

DIE LÖSUNG RECHTLICHER FRAGEN DURCH AUSLEGUNG DES GESETZES; HIER INTERPRETATION DES § 218 StGB

Ob ein bestimmter Sachverhalt unter die ihn betreffende Norm des Strafrechts subsumiert werden kann, ist "mit Hilfe einer nach Maßgabe der allgemein für verbindlich gehaltenen Auslegungsmethoden verfahrenden, Interpretation zu gewinnen" [1]. Diese Auslegungsmethoden bestehen "keineswegs mehr in bloßer begrifflicher Konstruktion und Spekulation" [2], dazu gehört auch der "Rückgriff auf Tatsachen des gesamten gesellschaftlichen Lebens" [3].

Die Gerichte, die primär mit der Interpretation des § 218 StGB befaßt sind, haben zur Frage von Eingriffen unmittelbar nach der Befruchtung noch nicht Stellung genommen, da, "soweit ersichtlich, solche Fälle gar nicht vor den Richter kommen" [4]. Lediglich in den Entscheidungsgründen zu einem anderen Problem des § 218 StGB hat das RG beiläufig auf den Befruchtungszeitpunkt hingewiesen [5].

---

1) Bockelmann I, S. 227.
2) Bockelmann I, S. 227.
3) Bockelmann I, S. 227.
4) Hanack, S. 47.
5) RGSt 59, 98; vgl. oben S. 16.

I. METHODEN UND ZIELE DER AUSLEGUNG

Möglichkeiten und Ziele der Auslegung sind umstritten [6]. Als Ergebnis sei festgehalten, daß sich bei der Frage nach dem Auslegungsziel wohl die objektive Theorie, die Theorie der "immanenten Gesetzesdeutung", die nach dem "Willen des Gesetzes" sucht, durchgesetzt hat [7]. Allerdings muß auch sie Anleihen bei der subjektiven Theorie machen, welche den "historischen Willen des Gesetzgebers" erforscht. Die Anleihen zeigen sich bei der Anwendung der heute allgemein anerkannten vier klassischen Auslegungsmethoden [8]. Sie enthalten objektive und subjektive Kriterien [9].

Mit der Frage nach dem heute maßgebenden Sinn und Zweck des Gesetzes muß das heute "Vernünftige, Zweckmäßige und Angemessene aus dem Gesetz herauszuholen" [10] versucht werden. Wir müssen unser Leben nach den heute geltenden Gesetzen einrichten. Diese müssen dann aber auch mit uns leben, müssen wandelbar sein, um sich den im Laufe der Zeit verändernden Umständen des Lebens anpassen zu können. Das geltende Gesetz muß also aus seiner Zeit interpretiert werden [11].

Im Rahmen der Auslegung ist zuerst mit der Wortinterpretation zu beginnen, "weil nach herrschender Lehre der Wortlaut niemals überschritten werden darf, wenn es um Bestrafung geht: nullum crimen sine lege" [12]. Im Bereich des Wortlauts ist es dann vor allem ein Problem der Teleologie der Norm.

---

6) Auf die Probleme der Auslegung einzugehen, würde hier den Rahmen sprengen. Vgl. dazu Larenz I, Kap. 3; Engisch I, 3. Aufl., Kap. IV, V.

7) Larenz I, S. 237 und 240; Engisch I, 2. Aufl., S. 89.

8) grammatikalische historische, systematische, teleologische Methode; wobei der Schwerpunkt auf letzterer liegt.

9) Larenz I, S. 241.

10) Engisch I, 3. Aufl., S. 90.

11) Zu den Einflüssen der sozialen Wertanschauungen auf die Rechtsprechung vgl. die Diss. von Eckl.

12) Engisch I, 3. Aufl., S. 73;
so auch Larenz I, S. 241; Baumann II.

II. DIE WORTAUSLEGUNG

Aus dem Wortlaut des § 218 StGB ist zu der Frage, wann die Normwirkung dieses Paragraphen einzusetzen hat, unmittelbar nichts zu entnehmen. Schon der Begriff "Leibesfrucht" ist nicht eindeutig.

Als erstes kann wohl festgestellt werden, daß darunter nicht jedes Produkt oder Wachstum des weiblichen Körpers fällt, sondern dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend nur solches, das sich durch Befruchtung mit männlichen Spermien aus einem weiblichen Ei im weiblichen Körper entwickelt. Das bloße Vorhandensein eines Eies wird noch nicht als Leibesfrucht, sondern als Körperbestandteil angesehen.

Eine durch künstliche Zusammenführung von männlichem Samen und weiblichem Ei außerhalb des Körpers herbeigeführte Entwicklung könnte nach dem Wortlaut nicht unter § 218 StGB fallen. Da eine Leibesfrucht erst ab dem Beginn der Entwicklung eines Eies vorhanden sein kann, muß dieser Begriff so verstanden werden, daß die Entwicklung noch im Mutterleib beginnt oder wenigstens in ihm abläuft.

Wird also ein Ei vorher aus dem Körper einer Frau entfernt und die Befruchtung und Weiterentwicklung außerhalb künstlich herbeigeführt, so kann man nicht von "ihrer Leibesfrucht" im Sinn des § 218 StGB sprechen, denn solch "einen Homunculus eine Leibesfrucht zu nennen ... ist sprachlich untragbar" [13].

Mit der Entfernung des Eies aus dem Körper vor der Befruchtung wird dieses verselbständigt. Die Entwicklung eines so verselbständigten Eies geht nun nicht mehr in der Frau, nicht "in ihr" vonstatten, ist also nicht ihre Leibesfrucht. § 218 StGB ist auf die Abtötung solcher Homunculi nicht anwendbar, da die Abtreibung, als Eigen- oder Fremdabtreibung, nach dem Tatbestand die Leibesfrucht einer Frau voraussetzt.

Dagegen dürfte wohl unter den Wortsinn noch das dem maternen Körper entnommene reife Ei fallen [14], das dann außerhalb des Körpers der Frau befruchtet wird, und dann wieder künstlich im Uterus implantiert

---

13) Schwalm, a.a.O., S. 1557.

14) Damit dürfte es noch keine im Besonderen Teil des StGB verbotene Analogie sein.

wird [15]. Denn durch die Wiedereinpflanzung wird die Abhängigkeit und feste Verbindung zum Körper wieder hergestellt, der Keim also insoweit wieder zur Leibesfrucht der Frau.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieses künstlich implantierte Ei ursprünglich auch von dieser Frau stammt. Die Tatsache, daß eine Frau sich eine menschliche Zygote einpflanzen läßt, ihr also die Weiterentwicklung ermöglicht, macht es zu "ihrer Leibesfrucht" im Sinn des § 218 StGB. Dies ist auch sprachlich sinnvoll. Deutet doch "der Begriff 'Leibesfrucht' ... sehr anschaulich auf eine innige Verbindung der befruchteten Eianlage mit dem Mutterleib hin" [16].

Im allgemeinen wird die Entwicklung eines Eies mit der Befruchtung beginnen [17], aber da die Möglichkeit einer Parthenogenese nicht ausgeschlossen werden kann [18], bestehen schon deshalb Bedenken, die Befruchtung als alleiniges Kriterium für das Vorliegen einer Leibesfrucht anzusehen.

Wenn es nur auf die Befruchtung ankommt, dann kann unter den Begriff Leibesfrucht jede Entwicklung eines menschlichen Eies fallen: die zu einem Menschen, die krankhafte zu einer Mole und die Fehlentwicklung zu einem mehr oder weniger menschenähnlichen Monstrum. Dies wäre nach dem Gesetzespositivismus der vom Wortlaut noch gedeckte weitestmögliche Kreis [19].

Damit ist die Grenze der reinen Wortinterpretation erreicht, denn ob dies alles noch unter § 218 StGB fallen soll erscheint höchst zweifelhaft, ist aber durch grammatische Auslegung nicht weiter zu klären.

---

15) Die Anwendbarkeit dieser Methode auf den Menschen dürfte vielen Frauen, die irreparabel undurchgängige Eileiter haben, es ermöglichen, eigene Kinder zu bekommen. Solche Implantationen sind bei Tieren bereits erfolgreich durchgeführt worden (vgl. die Zeitschrift "Der Spiegel" Jg 1967, Nr. 9, S. 130 ff.).

16) Schwalm, a.a.O., S. 1557.

17) Außer Betracht bleiben hier die Reifeteilungen des Eies, deren erste vor der Befruchtung erfolgt und deren zweite durch die Imprägnation, also mit der Befruchtung ausgelöst wird.

18) Weiser, DÄBl 1966, 2851; Svenson, S. 167; Starck, S. 46.

19) Wolf - Naujoks, S. 89.

Innerhalb des vom Wortsinn noch umfaßten Bereichs müssen deshalb noch andere Gesichtspunkte zur weiteren Klärung herangezogen werden [20]; denn der mit Begriffen des allgemeinen Sprachgebrauchs umschriebene Tatbestand einer Strafnorm ist oft schon deswegen zwangsläufig unpräzise. Worte der Umgangssprache sind im allgemeinen mehrdeutig, ihre Bedeutung im Einzelfall ergibt sich oft nur aus dem Zusammenhang und bedarf der näheren Bestimmung durch eine Orientierung am Sinn und Zweck.

Die Wortauslegung allein führt schon bei der Abgrenzung, was alles eine Leibesfrucht ist, zu keinem eindeutigen Ergebnis [21]. Auch die Frage, ab wann von ihr gesprochen werden muß, bleibt durch grammatische Interpretation unbeantwortet. Aber das auf die Verbindung von maternem Körper und Zygote Hindeutende im Wort Leibesfrucht legt die Auslegung nahe, daß die wandernde Zygote noch keine Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB ist [22]. Dies bestätigen auch die Überlegungen zum Problem nachträglich implantierter Keime.

Dafür spricht auch der Wortlaut des § 218 Abs. III StGB. Danach wird bestraft, "wer sonst die Leibesfrucht einer Schwangeren abtötet". Übernimmt man hier die biologisch-medizinische Schwangerschaftsdefinition [23], so zeigt sich, wenn man der h.M. folgt, eine erstaunliche Differenz zwischen Abs. I und Abs. III. Naturwissenschaftlich beginnt die Schwangerschaft mit der Nidation. Somit begänne also die Strafbarkeit der Fremdabtreibung später als die der Eigenabtreibung ! Dies dürfte vom Gesetz nicht gewollt sein. § 218 Abs. I StGB könnte aber von Abs. III her ausgelegt werden. Allerdings geht dies über den Rahmen der Wortinterpretation hinaus.

---

20) vgl. dazu Canaris, S. 15.

21) Dies ist nicht weiter verwunderlich, da die Wortwahl bei der Gesetzgebung oft recht zufällig ist (vgl. Eckart, S. 33 f).

22) Schwalm, a.a.O., S. 1557.

23) Die h.M. beruft sich bei der Bestimmung des Begriffs der Leibesfrucht ebenfalls auf Biologie und Medizin (vgl. S. 43 ff).

III. DIE SYSTEMATISCHE AUSLEGUNG

§ 218 steht im 16. Abschnitt des StGB: Verbrechen und Vergehen wider das Leben. Daraus läßt sich schließen, daß als Rechtsgut das Leben der menschlichen Leibesfrucht angesprochen wird, somit die Abtreibung ein Tötungsdelikt ist.

Die Tatbestände des 16. Abschnitts stehen bezüglich der vorsätzlichen Tat untereinander in einer besonderen Systematik. Die einzelnen Paragraphen dieses Abschnitts schützen einzelne Bereiche des Lebens verschieden: die §§ 211 - 216 StGB das bestehende Leben, § 217 StGB das bestehende Leben unter den besonderen Umständen der Geburt und § 218 StGB das werdende Leben. Schon darin läßt das Gesetz eine feste Rangfolge erkennen, mit einer deutlichen Stufe zwischen § 217 und § 218.

"Das Strafrecht spaltet das Rechtsgut 'Leben' auf in das vollentwickelte und in das werdende Leben; es differenziert den Rechtsgüterschutz durch verschiedene Tatbestände und Strafdrohungen" [24]. In der Terminologie unterscheidet es zwischen Mensch und Kind für das vollentwickelte Leben, und Leibesfrucht für das erst werdende Leben. Darin zeigt sich, "daß strafrechtlich die entscheidende Grenze zwischen den Begriffen 'Mensch' und 'Leibesfrucht' verläuft, während der Begriff 'Kind' hier nur den Anfang der Menschenqualität kennzeichnet" [25]. Im Strafrecht beginnt die Eigenschaft als Mensch also erst mit Beginn der Geburt [26]. Ab wann aber strafrechtlich die Leibesfrucht beginnt, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen.

Mißt man den Wert des Rechtsguts an Hand der Strafdrohung dieser Paragraphen, so zeigt sich gleichfalls eine Abstufung von § 211 bis § 218. Dabei ist ein ebenso deutlicher Einschnitt zwischen den §§ 211 - 217 einerseits und § 218 StGB andererseits; denn die Eigenabtreibung wird nur mit Gefängnis (die Fremdabtreibung mit Zuchthaus und der Milderungsmöglichkeit - die

---

24) Schwalm, a.a.O., S. 1556.

25) Schwalm, a.a.O., S. 1557.

26) allgemeine Meinung, vgl. z.B. Schönke - Schröder vor § 211 Rdn. 8; Leipziger Kommentar Vorbem. § 211 I 2; Maurach, Besonderer Teil, S. 13; Welzel, S. 254; RGSt 26, 178; BGHSt 10, 5.

heute praktisch die Regel ist - zu Gefängnis) bestraft [27) 28)].
Der Sozialwert des werdenden Lebens wird vom Gesetz also geringer veranschlagt als der des bereits geborenen Menschen [29)].

Leugnet man diese verschiedene Bewertung der zwei Lebensformen durch das Gesetz und behauptet man, das Gesetz ginge im Grunde von der Gleichwertigkeit des werdenden und des bestehenden Lebens aus [30)], so könnte man die unterschiedliche Strafdrohung nur aus dem verschiedenen Handlungsunwert der einzelnen Straftat begründen, da im Erfolgsunwert (Tötung von menschlichem Leben) dann nicht mehr unterschieden werden kann [31)]. Der Handlungsunwert der Abtreibung würde dabei am niedrigsten bewertet.

Daß dies nicht richtig sein kann, ergibt sich aus folgender Überlegung: Unter Handlungsunwert versteht man "die Verfehlung der sozialen Pflichtenstellung und den fehlerhaften Willensentschluß des Täters" [32)]. Der Handlungsunwert ist dabei umgekehrt proportional zur Höhe der Anforderungen, um dieser Pflichtenstellung gerecht zu werden. Je schwieriger es also für den Täter ist, seiner sozialen Pflichtenstellung zu genügen und den fehlerhaften Willensentschluß zu vermeiden, desto geringer ist der Handlungsunwert seiner Tat, und desto niedriger ist auch die Strafdrohung.

Bei der Beurteilung des Handlungsunwerts der Abtreibung sieht man sich aber einer merkwürdigen Inkonsequenz des Gesetzes gegenüber: Nach der Rangskala der Tötungsdelikte müßte der Handlungsunwert der Abtreibung am wenigsten vorwerfbar sein, die Situation des Täters müßte also die schwierigste sein. Ist aber wirklich die Belastung durch eine Schwangerschaft so schwerwiegend, daß das bloße "kein Kind erwünscht" oder utilitaristische

---

27) Im Jahre 1965 wurden von 539 nach dem allgemeinen Strafrecht verurteilten Tätern des § 218 Abs. III StGB nur 15 (!) mit Zuchthaus bestraft (Statistisches Bundesamt Wiesbaden).

28) Nach Jagusch (S. 102) kennzeichnet das Gesetz durch den Strafrahmen die Rangstufe des Rechtsguts. Der Strafrahmen kann somit als Bewertungsschema angesetzt werden. Auch das RG verweist in der ersten Entscheidung über die medizinische Indikation (RGSt 61, 242) darauf. Ebenso wurde in den Beratungen der Großen Strafrechtskommission über die Abtreibung darauf Bezug genommen (vgl. Niederschriften, Bd. 7, S. 105 ff).

29) Leipziger Kommentar § 218 Anm. I 1; Maurach, Besonderer Teil, S. 53.

30) so Peters in: Baumeister - Smets, S. 37.

31) Zur Problematik der Zurechnung von Erfolgs- und Handlungsunwert im Unrecht, vgl. Krauß. ZStW, Bd. 76, S. 19 ff.

32) Krauß, a. a. O., S. 65.

Gesichtspunkte als Motive [33] über den Bedrängnissen stehen, mit denen sich der Täter in der Situation der §§ 216 oder 217 StGB konfrontiert sieht ?

Dies kann nicht ernstlich behauptet werden. Solche Tatmotive werden von der Rechtsordnung im allgemeinen nirgends honoriert. Die Konsequenz daraus ist, daß nicht der Handlungsunwert die unterschiedliche Strafdrohung bei den Delikten des 16. Abschnitts des StGB rechtfertigt.

Wenn im Verhältnis der Abtreibung zu den Tötungsdelikten an einem Menschen nicht der Handlungsunwert entscheidet, dann kann sich die unterschiedliche Behandlung nur aus dem verschiedenen Erfolgsunwert ableiten.

Die Meinung, daß durch § 218 StGB bereits die Tötung eines Menschen bestraft wird, kann demnach dem Gesetz durch systematisch-logische Auslegung nicht entnommen werden. Da bereits 1871 und 1925 und 1943 die Ansicht vertreten wurde, die Leibesfrucht sei ein Mensch, der Gesetzgeber aber trotzdem diese Systematik des Gesetzes wählte, muß im Gegenteil auf die Ablehnung dieser Meinung geschlossen werden.

De lege ferenda hat der E 1962 die Unterscheidung zwischen Mensch und Leibesfrucht durch die systematisch verschiedene Einordnung noch verstärkt. Die Abtreibung ist nun im Abschnitt "Straftaten gegen die Person" unter einem eigenen zweiten Titel "Straftaten gegen das werdende Leben" eingeordnet. Dies wird ausdrücklich durch die Terminologie verstärkt. Die amtliche Begründung erklärt nämlich, daß durch das Wort "Abtöten" ein Unterschied zum "Töten" eines Menschen angedeutet wird [34]. Die Abtreibung wurde nicht als Tötungsdelikt betrachtet, denn "für die Rechtsordnung besteht ein Wertunterschied zwischen dem in das Leben eingetretenen Menschen, gegen den sich die Tötungsdelikte richten, und dem werdenden Leben, das Gegenstand der Abtreibung ist" [35].

Die systematische Auslegung ergibt, daß strafrechtlich der Mensch erst in der Geburt anfängt. Zur Frage, ab wann die Eigenschaft als Leibesfrucht im strafrechtlichen Sinn gegeben ist, bleibt sie die Antwort schuldig.

---

33) Dies sind die beiden Hauptmotive. Vgl. die Aufstellung der Motive zur Abtreibung bei Fischer, S. 101.
34) E 1962, S. 278.
35) E 1962, S. 277.

IV. ZUR HISTORISCHEN AUSLEGUNG

Für die historische Interpretation darf im wesentlichen auf die Darstellung der Motivgeschichte verwiesen werden [36].

Von Bedeutung erscheint noch, daß bei der Einführung der Abtreibungsbestrafung im weltlichen Recht dem Gesetzgeber die biologisch-medizinischen Vorgänge um Befruchtung und Frühentwicklung des Eies unbekannt waren. Man hielt sich damals, da die Abtreibungsbestrafung vom Kanonischen Recht übernommen wurde, an dessen Lehre vom foetus animatus und foetus inanimatus.

Erst lange nach der Entdeckung der Befruchtung und ihrer Bedeutung ließ das weltliche und kirchliche Recht diese Unterscheidung fallen [37]. Zum ersten Mal bestrafte die Peinliche Gerichtsordnung Maria Theresias vom Jahr 1768 die Abtreibung ohne Rücksicht auf den Zustand des Keimes [38]. Bayern folgte 1813 [39]. Auch alle folgenden StGBs differenzierten nicht mehr.

Seitdem hat sich die typische Normsituation - der gezielte Angriff gegen eine erkannte Schwangerschaft, von dessen sichtbaren Erfolg man sich überzeugen wollte und konnte - bis heute nicht verändert.

Das nun schon bald hundert Jahre alte StGB wurde zwar inzwischen schon über 70 mal geändert und so in ganzen Bereichen entscheidend umgestaltet und modernisiert [40]; § 218 StGB wurde aber - abgesehen von der Beseitigung der Auswüchse des Dritten Reiches [41] - nur zweimal (1925 und 1943) in der Formulierung und im Strafrahmen geändert, ohne daß damit dem Paragraphen sachlich ein anderer Inhalt gegeben werden sollte [42].

---

36) vgl. oben S. 18 ff.

37) Im Kanonischen Recht erst 1907.

38) Wie alle anderen nachfolgenden Rechte nimmt auch sie nicht auf die Befruchtung Bezug, sondern schweigt zur Frage des Beginns der Leibesfrucht. Vgl. Lewin, 3. Aufl., S. 93, der ausführlich auf den Text und die einzelnen Besonderheiten der jeweiligen Partikularrechte eingeht.

39) Lewin, 3. Aufl., S. 95.

40) Baumann III, S. 58; vgl. auch die Aufstellung der Änderungen im "Schönfelder" Nr. 85 (StGB).

41) z.B. § 218 Abs. III StGB durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz von 1953 (BGBl I, S. 735).

42) Für die Änderung von 1926 vgl. RGSt 61, 245 und für die Änderung von 1943 vgl. Rietzsch in DJ 1943, 242 ff.

Die historische Betrachtung scheint also darauf hinzudeuten, daß es der Wille des historischen Gesetzgebers gewesen sei, von der Befruchtung als dem entscheidenden Zeitpunkt für den Beginn der Eigenschaft als Leibesfrucht auszugehen.

Wie jedoch schon die Terminologie des Gesetzes und die systematische Einordnung der Abtreibung im StGB, sowie die spätere Herabsetzung des Strafrahmens ein Loslösen des historischen Gesetzgebers von der Theologie feststellen läßt [43], so kann wohl auch hinsichtlich der Befruchtung als Anfang der Leibesfrucht kein Bindungswille an theologische Vorstellungen unterstellt werden. Die Nichtäußerung des Gesetzgebers zum Beginn der Leibesfrucht dürfte im Gegenteil nur darauf beruhen, daß diese Frage als unproblematisch empfunden wurde, weil sie ohne Bedeutung für den damals verfolgten Sinn und Zweck der Strafvorschrift war.

---

43) Schon das StGB von 1871 stufte die Leibesfrucht nicht als Mensch, sondern als Rechtsgut eigener Art ein und folgte auch im Strafmaß nicht mehr den drakonischen Strafdrohungen früherer Zeiten. Später qualifizierte die Reform von 1926 die Abtreibung nur noch als Vergehen. In der Entscheidung von RGSt 61, 242 erfolgt dann als erste Durchbrechung des § 218 StGB die Anerkennung der medizinischen Indikation.

V. FÜNTES ZWISCHENERGEBNIS

Wortinterpretation, systematische und historische Auslegung zeigen, daß es diesen Methoden nicht möglich ist, Auskunft zu geben, ab wann die Eigenschaft als Leibesfrucht im Sinne des § 218 StGB beginnt.

Die Frage nach dem Wortsinn vermochte nur den Rahmen abzustecken, innerhalb dessen sich die Auslegung bewegen kann. Systematische und historische Methode konnten nur Tendenzen und Hinweise des Gesetzes und seiner Geschichte aufzeigen, die bei der Lösung dieses Problems heranzuziehen sind, weil in ihrer Richtung die Lösung liegen könnte.

Kapitel 6

DIE TELEOLOGISCHE AUSLEGUNG DES § 218 StGB

Führen weder die Interpretation des Wortlauts und die Analyse der systematischen Stellung noch die Untersuchung der Entstehungsgeschichte zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis, so bleibt nur noch übrig, nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu fragen. Die "teleologische Auslegungsmethode", bei der in der heutigen juristischen Hermeneutik der Schwerpunkt liegt, kann die "Zwecke und Gründe" [1] angeben, warum neu auftretende Sachverhalte, die noch vom Wortsinn des Gesetzes umfaßt werden, heute nicht mehr oder doch noch unter den Tatbestand dieser Norm subsumiert werden dürfen.

I. DIE HEUTE VERTRETENEN BEGRÜNDUNGEN DES ABTREIBUNGSVERBOTS

Aus welchen Zwecken und Gründen wird nun nach dem heutigen Willen des Gesetzes die Abtreibung bestraft? Darauf gibt es leider keine eindeutige Antwort:

Zwar wird einhellig der Grund für die Abtreibungsbestrafung vor allem darin gesehen, daß auch bereits das werdende Leben an sich schutzwürdig ist. Aber schon bei der Begründung der Notwendigkeit dieses Schutzes teilen sich die Meinungen.

Einmal wird die Leibesfrucht bereits als vollwertiger Mensch angesehen und sie demnach auf die Stufe des schon geborenen Menschen gestellt. Der Grund für die Abtreibungsbestrafung ist dann darin zu sehen, daß die Abtreibung ein vollwertiges Tötungsdelikt an einem Menschen ist. Es ist doch allgemein anerkannter Grundsatz, daß man Menschen nicht töten darf, also darf man auch die Leibesfrucht nicht abtreiben, das ist töten. Da der Staat den Schutz des Lebens durch Strafnormen erzwingen muß, mußte er gegen die Tötung des noch nicht geborenen Menschen § 218 StGB schaffen.

---

1) "Naiv wäre es auch, jeder Rechtsnorm nur einen bestimmten Zweck zuordnen zu wollen. Es gibt nähere und entferntere, niedere und höhere Zwecke. DerBegriff des Zweckes ist elastisch und vieldeutig" (Engisch I. 3. Aufl., S. 80).

Die andere Auffassung sieht in der Leibesfrucht keinen vollwertigen Menschen. Aber aus der Tatsache, daß sie später zum Menschen wird, und also die Abtreibung diese natürliche Entwicklung zum Menschen abbricht, wird der Leibesfrucht ein Eigenwert zuerkannt. Die Abtreibung wird deshalb als unsittlich und strafwürdig angesehen und bestraft, "weil der Mensch dadurch seine Verpflichtung zur Ehrfurcht vor dem Leben und die natürliche Ordnung der Dinge verletzt und die Menschwerdung des Embryo verhindert" [2]. Nicht erst der Mensch, sondern auch schon seine Vorstufe bedarf des Schutzes.

Mit jeder dieser Meinungen werden oftmals - allerdings immer erst in zweiter Linie [3] - noch andere Gründe für das Verbot der Abtreibung angeführt, vor allem:

Das bevölkerungspolitische Argument. Die Bestrafung der Abtreibung sei notwendig, da sonst ein gesunder Altersaufbau der Bevölkerung gefährdet sei [4].

Der gesundheitspolitische Grund. Auch die vom Arzt de lege artis vorgenommene Abtreibung sei stets eine Gefahr für die Gesundheit der Frau, da sie häufig zu körperlichem Siechtum, Unfruchtbarkeit oder psychischen Schäden führe [5].

Von wenigen wird auch vertreten, daß mit der Bestrafung der Abtreibung die Aufrechterhaltung der allgemeinen Sittlichkeit bezweckt sei. Die Furcht vor den Folgen eines Geschlechtsverkehrs diene der sexuellen Ordnung. Eine Freigabe der Abtreibung führe zur sexuellen Verwilderung und gefährde dadurch die sittliche Kraft des Volkes [6].

---

2) Eckl, S. 77.

3) Maurach und andere sehen allein im Schutz der Leibesfrucht den entscheidenden Gesichtspunkt. Zillmer (NJW 58, 2099) läßt nur den bevölkerungspolitischen Zweck gelten. Vgl. auch Kohlrausch - Lange § 218, Anm. II.

4) so E 1962, S. 278; Koch, NJW 59, 2294; RGSt 59, 98; 67, 207; siehe auch Hanack, S. 40 f.

5) Schönke - Schröder § 218 Rdn. 1; Kohlrausch - Lange § 218 Anm. II; siehe auch Hanack, S. 41 ff.

6) RGSt 59, 423; siehe auch Hanack, S. 46.

II. DIE RICHTIGKEIT DER HERRSCHENDEN MEINUNG HINSICHTLICH DER BEWERTUNG DER LEIBESFRUCHT UND DER ERFORDERLICHKEIT IHRES SCHUTZES

Die Meinung, daß im Schutzobjekt Leibesfrucht das besondere Rechtsgut werdendes Leben "als Keim der in ihr sich entwickelnden Persönlichkeit"[7], also der Vorbereich des Daseins als Mensch geschützt wird, die Leibesfrucht aber qualitativ nicht dem Leben eines Menschen gleichzustellen ist, hat sich in der Rechtsprechung durchgesetzt und ist auch im strafrechtlichen Schrifttum herrschend [8]. Der E 1962 vertritt sie ebenfalls [9].

Sie allein kann aus dem Gesetz abgeleitet werden. Dies bestätigt sich in der Terminologie des Gesetzes, der historischen Entwicklung der Norm [10] und in ihrer systematischen Stellung [11]. Das Gesetz unterscheidet scharf zwischen den speziellen Individualbegriffen "Mensch" und "Kind" einerseits und dem neutralen Begriff "Leibesfrucht" andererseits. Die Grenze verläuft zwischen § 217 und § 218 StGB. Erst in der Geburt (§ 217 StGB) beginnt strafrechtlich der Mensch [12].

Gerade die Motivgeschichte des § 218 StGB zeigt, daß heute weitgehend nicht mehr das Bewußtsein lebendig ist, bei der Abtreibung einen Menschen zu töten, zumindest nicht im Frühstadium der Entwicklung des Keimes [13]. Überwiegend wird die Leibesfrucht als minus zum Menschen betrachtet. Dies bestätigen auch die - sonst undenkbaren - überaus hohen Abtreibungsziffern [14], die Strafzumessungspraxis [15] und die von weiten Kreisen verfochtene Ausweitung der anerkannten Indikationen [16].

---

7) RGSt 67, 207; zum ersten Mal dort, dann stets formelhaft wiederkehrend.

8) BGHSt 1, 278; 1, 329; vgl. S. 29 Anm. 3 (= Kap. 3). Lediglich in BGHSt 10, 5 wird diese Unterscheidung verwischt. Dies dürfte aber auf der Übernahme der ungenauen Terminologie von Olshausen beruhen.

9) E 1962, S. 278.

10) vgl. oben S. 67 f.

11) vgl. oben S. 64 ff.

12) allgemeine Meinung; vgl. Schönke - Schröder Vorbem. zu § 211 Rdn. 8, 9; Leipziger Kommentar Vorbem. zu § 211 Anm. I 2; Maurach, Besonderer Teil, S. 11 f; Welzel, S. 254; RGSt 26, 178; BGHSt 10, 5.

13) Heiss, S. 3 und S. 17 f; Hälschner, "Der Gerichtssaal", 32, 583 f.

14) vgl. Kap. 3 Anm. 18.

15) vgl. Kap. 3 Anm. 8 und Kap. 5 Anm. 27.

16) Dies gilt besonders für die ethische und eugenische Indikation.

Für die h.M. sprechen auch sonst die besseren Gründe:
Die Geburt ist eine Naturtatsache, die man nicht hinwegdiskutieren kann. Erst durch sie wird man praktisch echtes Mitglied der menschlichen Gemeinschaft und ist deshalb erst dann als Mensch unter den Strafschutz der §§ 211 ff StGB zu stellen. Somit erscheint es auch vernünftig, die Leibesfrucht vor der Geburt nicht lediglich auf Grund rechtlich unverbindlicher und angreifbarer philosophisch-theologischer Überlegungen als Mensch anzusehen und strafrechtlich dem geborenen Menschen gleichzustellen. Denn tatsächlich nähert sich die Leibesfrucht erst mit fortschreitender Entwicklung mehr und mehr dem Menschen [17].

Mit diesem Ergebnis ist zwar der Unrechtsgehalt des § 218 StGB dahingehend geklärt, daß der Erfolgsunwert der Abtreibung lediglich in der Abtötung der Leibesfrucht als Keim der in ihr sich entwickelnden Persönlichkeit, als einer Vorstufe zum Menschen, nicht eines Menschen, liegt. Aber warum wird diese Vorstufe vor Abtreibung geschützt ?

Nicht zu Unrecht wird allgemein gerade dem Strafrecht die Aufgabe zugewiesen, die Mindestanforderungen für das Zusammenleben der sozialen Gemeinschaft, das "ethische Minimum", zu gewährleisten. Dazu gehört nach heutiger überwiegender Auffassung, daß nicht nur das Leben des Menschen geschützt werden muß, sondern auch schon das Vorfeld der Tötungsdelikte. Denn das ethische Prinzip der Unantastbarkeit des menschlichen Lebens berührt auch den Vorbereich des menschlichen Daseins.

Es ist also die Ehrfurcht vor dem Leben ein Grund für die Bestrafung der Abtreibung. Diese Ehrfurcht bezieht aber das werdende, sich zum Menschen entwickelnde Leben, die Vorstufe zum Menschen, mit ein und erkennt ihm so der Sache nach Eigenwert zu.

---

17) So hat die Zygote noch absolut nichts mit einem Menschen gemeinsam. Die Leibesfrucht kann biologisch erst etwa ab dem dritten Monat der Schwangerschaft als menschliches Individuum angesprochen werden (Zimmer, a.a.O., S. 449). Vgl. auch oben S. 50 ff.

III. WELCHE BIOLOGISCHE ERSCHEINUNGSFORM DES VORMENSCHLICHEN LEBENS MUSS NACH DER TELEOLOGIE DES § 218 StGB GESCHÜTZT WERDEN

Welche biologischen Erscheinungsformen des vor-menschlichen Lebens sollen darunter fallen ? Zweifellos unterliegt das Stadium der Keimesentwicklung, an dem man biologisch schon von einem menschlichen Individuum sprechen kann, dem Schutz der Norm des § 218 StGB [18]. Aber wieweit vorher erstreckt sich dieser Schutz ?

1. Der Befruchtungszeitpunkt und Sinn und Zweck des Abtreibungsverbots

Allgemein wird darauf abgestellt, daß das "Leben" der Leibesfrucht mit der Zeugung beginne. Damit kann nicht der biologische Begriff vom Ursprung des menschlichen Lebens gemeint sein, denn das hat "auf dieser Erde in Wirklichkeit nur einmal begonnen und hat nie wieder aufgehört ... zu existieren" [19].

Zwar wird durch die Gameten den Eltern Leben weitergegeben und stets zu neuen Formen zusammengeführt, aber "das individuelle Leben der aus Konzeption stammenden Keimzelle geht kontinuierlich weiter, es hört im Verlauf des Befruchtungsvorgangs nie auf und kann deshalb auch nicht neu beginnen. Mit der Konjugation ändert die befruchtete Einzelle nicht ihre Eigenschaft des Lebens, sondern lediglich die individuelle Merkmalsstruktur" [20].

Soll also auf den Zeitpunkt abgestellt werden, wo diese neue individuelle Merkmalsstruktur festliegt, weil "in der befruchteten Einzelle eines Menschen ... schon alle für das daraus entstehende Individuum typischen Merkmale angelegt" sind, also die Einzelle "die prospektiven Eigenschaften des sich daraus entwickelnden Individuums" [21] besitzt ?

In der Tat tut dies, wenn auch unbewußt, die herrschende Meinung. Nach ihr beginnt die Eigenschaft als Leibesfrucht mit der Befruchtung [22], denn in diesem Augenblick "entsteht der neue Wesens- und Persönlichkeitskern, der sich hinfort nicht mehr ändert ... Er treibt zur Entfaltung dessen, was

---

18) vgl. dazu Zimmer, a.a.O., S. 449 u. 450.
19) Zimmer, a.a.O., S. 450.
20) Zimmer, a.a.O., S. 450.
21) Zimmer, a.a.O., S. 449.
22) vgl. oben S. 14 f.

wesenhaft in ihm liegt und bewirkt, daß der Mensch, mag er wachsen oder vergehen, stets er selbst bleibt" [23].

Das bedeutet aber eine erhebliche Akzentverlagerung. Weg vom biologischen Begriff des Lebens wird in Wahrheit nur auf die Potenz zum Menschen abgestellt. Nur in solcher Distanz zum biologischen Lebensbegriff läßt sich der Befruchtungszeitpunkt als Beginn der Eigenschaft als Leibesfrucht vertreten. Nicht dagegen, indem auf den biologischen Beginn menschlichen Lebens allgemein abgestellt wird; denn dieses besitzt "schon jede einzelne Zelle mit speziesspezifischen, genetischen Merkmalen eines Menschen und den biologischen Kriterien des zellulären Lebens ..." [24].

Der Befruchtungszeitpunkt wurde also gewählt, nicht weil biologisch das Leben der Leibesfrucht mit ihm beginnt, sondern weil er den Abschnitt einleitet, in dem die befruchtete Eizelle ihre individuelle Merkmalstruktur dahingehend ändert, daß sie die prospektiven Eigenschaften des sich aus ihr entwickelnden menschlichen Individuums aufweist.

Unter diesem Aspekt entspricht die herrschende Meinung auch der in der Allgemeinheit tief verwurzelten Auffassung, daß das werdende Leben zu schützen ist, das sich, und gerade weil es sich zu einem Menschen entwickelt.

2. Die Beeinflussung der Entscheidung für den Befruchtungszeitpunkt durch die damalige Normsituation

Liegt damit schon fest, daß es nur die Befruchtung sein kann, die den Gründen gerecht wird, derentwegen die Abtreibung bestraft wird ?

Bisher ging die Diskussion bei der Abtreibung nur um ihre völlige oder teilweise Freigabe [25] und um die Anerkennung einzelner Indikationen zur Schwangerschaftsunterbrechung [26].
Die Frage des Beginns der Eigenschaft als Leibesfrucht war nicht problematisch gewesen [27].

---

23) Wolf - Naujoks, S. 144 f.
24) Zimmer, a.a.O., S. 450; vgl. Haas, S. 396.
25) vgl. Grotjahn - Radbruch, "Die Abtreibung der Leibesfrucht".
26) Die Anerkennung der medizinischen Indikation erfolgte nach langem Kampf am 11.3.1927 durch das RG (RGSt 61, 242).
27) vgl. S. 16.

In Übereinstimmung mit den damaligen Forschungsergebnissen der Biologie bot sich der Befruchtungszeitpunkt für das Strafrecht zwanglos an, weil er auch den Gründen entsprach, derentwegen man die Abtreibung als strafwürdig empfand. Er schien bisher als klare Grenze, von der man glaubte, daß sie nicht in Frage gestellt werden könnte; denn Handlungen, die vorher liegen, zählten auch in den sozialen Wertvorstellungen der Allgemeinheit zum strafrechtlich - wenigstens hier - irrelevanten Gebiet der Empfängnisverhütung [28]. An Handlungen, die nachher einsetzten, kannte man nur die klassischen Fälle der Abtreibung, den Eingriff im Falle vermuteter Schwangerschaft. Dies wurde auch überwiegend in der Allgemeinheit als strafwürdig empfunden.

Der Zwischenbereich von Befruchtung und Schwangerschaft erforderte somit bisher keine strafrechtliche Einordnung, da er in der Praxis nicht in Erscheinung trat.

3. Die biologische Bedeutung der Nidation und die Teleologie des § 218 StGB

In den letzten Jahren wurden nun in der Biologie mehr und mehr neue Erkenntnisse vom Frühstadium der Entwicklung eines Eies gewonnen [29], und zwar gerade in dem Bereich, der vom Strafrecht bisher als unproblematisch empfunden und deshalb auch nicht dogmatisch behandelt worden war. Dabei kristallisierte sich die Nidation als ein entscheidender Einschnitt und Wendepunkt in der Keimesentwicklung heraus.

Analog den höheren Pflanzen beginnt auch bei allen Säugern der Fortpflanzungsvorgang mit einer speziesunabhängigen und jeweils gleichlangen Entwicklungsvorphase, während der nachfolgende Abschnitt, die embryofetale Phase, spezifisch ist und eine jeweils unterschiedliche Dauer hat [30]. Die Befruchtung verändert lediglich die individuelle Merkmalstruktur des zellulären Lebens und gibt den Teilungs- und Wachstumsimpuls. Aber erst mit vollzogener Nidation "sind die biologischen Voraussetzungen für die Entwicklung zum Individuum gegeben" [31].

---

28) Maurach, Besonderer Teil, S. 53.

29) vgl. oben S. 50 ff und neuestens Ruff.

30) Zimmer, a.a.O., S. 450 ff.

31) Zimmer, a.a.O., S. 451; vgl. zum Folgenden insbesondere Ruff, der zu gleichen Ergebnissen kommt.

Die Nidation leitet also, vom biologischen Standpunkt aus gesehen, ebenfalls einen wesentlichen Abschnitt in der Keimesentwicklung ein; denn was vorher noch ein undifferenzierter Zellkomplex war, entwickelt sich nachher differenziert zum menschlichen Individuum weiter. Deshalb ist es unter diesem Aspekt durchaus sinnvoll, erst ab der speziesspezifischen Phase der Keimesentwicklung von der eigentlichen Menschenentwicklung zu sprechen.

Die Determination der genetischen Merkmale, sowie der Teilungs- und Wachstumsimpuls für die Zygote durch die Befruchtung genügen dem nicht. Es muß auch die davon unabhängige Nidation vollzogen sein, damit die individuelle menschliche Entwicklung des Keimes eingeleitet wird. Hat doch auch "die fertilisierte Eizelle ..., nicht die geringste Ähnlichkeit mit einem menschlichen Organismus" [32].

Es fragt sich, ob dieser spätere, aber biologisch ebenfalls begründete Zeitpunkt der oben dargelegten [33] Teleologie des § 218 StGB gerecht werden kann.

Wenn es Sinn und Zweck des Gesetzes ist, die Leibesfrucht als Vorstufe zum Menschen, als Keim der in ihr sich entwickelnden Persönlichkeit zu schützen, um auch im Vorfeld der eigentlichen Tötungsdelikte am Menschen der tief verwurzelten ethischen Auffassung von der Unantastbarkeit des Lebens gerecht zu werden, dann genügt diesen Gründen auch der Nidationszeitpunkt.

Die Nidation leitet ja gerade den Abschnitt ein, ab welchem man erst von einer speziell menschlichen Entwicklung zu einem menschlichen Individuum sprechen kann. Zwangsläufig kann der Keim zur späteren Persönlichkeit sich in ihr, der Leibesfrucht, nicht früher bilden, als die biologisch-morphologischen Grundlagen hierfür sich entwickeln, sondern nur parallel zu

---

32) Zimmer, a.a.O., S. 449.

33) vgl. oben S. 74 f.

diesen[34].

Es besteht auch nicht die Gefahr, daß dadurch in der Allgemeinheit - soweit man sich dort uberhaupt Gedanken um den Wert des werdenden Lebens macht - die Ehrfurcht vor diesem verlorengeht. Denn im täglichen Leben verändert sich nichts. Ob das Geburtenregelungsmittel wirkte, oder ob es natürlicherweise nicht zu einer Schwangerschaft kam, bleibt weiterhin im Dunkeln. Allgemein wird auch jetzt nur dahingehend unterschieden, daß Geburtenregelungsmittel, die eine Schwangerschaft verhindern, der Prophylaxe zugerechnet werden; denn Geburtenregelung wird betrieben um eine Schwangerschaft zu verhindern und Abtreibung, um eine eingetretene Schwangerschaft zu beseitigen !

4. Sechstes Zwischenergebnis

Sowohl Befruchtung als auch Nidation werden somit diesen Gründen für die Bestrafung der Abtreibung gerecht. Die Entscheidung zwischen ihnen scheint also letztlich eine freie Wertentscheidung rechtspolitischer Natur zu sein.

---

34) Der Tod des Menschen tritt mit der irreversiblen Beendigung der Tätigkeit seines Zentralorgans ein (vgl. Spann in: "Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin"). Im Rückschluß daraus könnte man den Anfang des Menschen mit der Funktionsfähigkeit seines Zentralorgans annehmen (vgl. Lauerer in: "Theologie der Gegenwart").
Dagegen spricht, daß der Zeitpunkt, ab dem das Zentralorgan voll entwickelt ist, bisher im konkreten Einzelfall nicht genau festgestellt werden kann. Es steht aber fest, daß es sich ab der Nidation zu bilden beginnt. Es ist bei der menschlichen Leibesfrucht etwa ab dem dritten Monat der Schwangerschaft ausgebildet. Allerdings ist die Nervenverbindung noch nicht voll geschlossen. Dies geschieht erst ca. 6 Wochen nach der Geburt.

IV. DIE FRÜHERE UND DIE HEUTIGE TYPISCHE NORMSITUATION UND DIE TELEOLOGIE DES § 218 StGB

Es bei diesem Schluß bewenden zu lassen, wäre voreilig. Damit werden die Verhältnisse, auf denen die Norm aufbaut und die sie steuern soll, gänzlich außer Acht gelassen. Aber gerade diese beeinflussen ebenfalls die Teleologie einer Strafrechtsnorm und müssen somit berücksichtigt werden, "damit die ... Vorschrift die ihr vom Gesetz zugewiesene Rechtsschutzaufgabe erfüllt" [35]. Die bisherige Sicht bedarf also noch der Ergänzung.

Wesentlich ist bei der Frage nach den Gründen für eine Strafnorm auch das, was man in praxi mit ihr bezweckt; denn Strafrechtsnormen erwachsen meist einem praktischen Bedürfnis.

Wird ein bestimmtes Tun oder Lassen praktiziert, und wird dies in den sozialen Wertanschauungen der Allgemeinheit als verwerflich empfunden, so folgt meist alsbald eine entsprechende Strafnorm. Zwar war ursprünglich die Abtreibung nicht als Unrecht empfunden worden [36], aber unter dem Einfluß des Christentums hatten sich diese Ansichten und Gefühle gewandelt, so daß sich schließlich auch in den sozialen Wertvorstellungen der Allgemeinheit das Bewußtsein verankerte, die Abtreibung sei etwas Verwerfliches.

Das ging allerdings nur so weit, als sich die typische Normsituation zeigte; denn das Bewußtsein, Unrecht zu tun, kann sich nur da entwickeln, wo überhaupt Wissen um die tatsächlichen Vorgänge derartiger Taten vorhanden ist.

Erst mit der Vermutung einer Schwangerschaft war Abtreibung möglich, und wurde sie tatsächlich allgemein als solche gewertet. Letztlich empfand man also das Eingreifen in das werdende Leben erst dann als verwerflich, wenn man es angreifen konnte, es bekannt war.

Diese Wertung deckt sich auch mit der typischen Normsituation, die dem Gesetz bis heute zugrunde liegt. Eine Abtreibung konnte bis jetzt nur dadurch verwirklicht werden, daß man auf Grund einer tatsächlichen oder vermuteten Schwangerschaft um das Vorhandensein einer Leibesfrucht wußte, und dann ein absichtlicher und gezielter, oft auch körperlich schädigender, blutig-brutaler Eingriff gegen die Leibesfrucht unternommen wurde.

---

35) Schwinge, S. 23.
36) vgl. oben S. 18 ff.

Daraus erklären sich die bestehenden unverkennbaren Unterschiede, die bezüglich der Strafwürdigkeit der Abtreibung gemacht werden. So begeht, "wer kurz vor der Entbindung abtreibt kaum anderes Unrecht als derjenige, der einen gerade geborenen Säugling tötet; wer unmittelbar nach der Befruchtung das Ei zerstört, vollzieht eine Abtreibung mehr theoretischer Natur - der Unterschied zur Empfängnisverhutung ist oft fast nur noch ein terminologischer" [37].

Die Abtreibung wird also gerade deshalb, weil sie im Regelfall brutal in ein erst durch die Schwangerschaft tatsächlich wahrnehmbares werdendes Leben eingreift, von der überwiegenden Allgemeinheit als sittlich verwerflich empfunden, und nicht deshalb, weil die Abtötung des werdenden Lebens schon ab der Befruchtung gegen das ethische Prinzip der Unantastbarkeit auch des werdenden Lebens verstößt.

Zur Unterstreichung dessen darf noch auf eine Parallele in der Natur hingewiesen werden: "Bei den höheren Pflanzen ist die Zweiteilung der Entwicklung einer Zygote, einmal bis zum Samen [38] und vom Samen bis zur ausgewachsenen Pflanze besonders augenscheinlich und allgemein bekannt" [39]. Das Nichtaussäen, also die Vernichtung von Samen, wird nicht als Zerstörung der Pflanze selbst angesehen und auch nicht negativ beurteilt. Dagegen wird die mutwillige Vernichtung von ausgesätem, also keimendem Samen, durchaus schon als Entwurzelung der Pflanze allgemein verurteilt.

Gerade unserer pluralistischen Gesellschaft, die in der Normalsituation nur noch zu geringen Teilen an metaphysischen Werten orientiert ist und sich an solche gebunden fühlt, stehen die praktischen Auswirkungen näher als die abstrakte strenge Verfechtung ethischer Prinzipien.

Die Strafgesetzgebung und somit auch die Auslegung des Strafrechts, ist heute nach fast allgemeiner Ansicht darauf beschränkt, nur solche Verstöße gegen die Ordnung der sozialen Gemeinschaft strafrechtlich zu ahnden, wo dies zu deren Erhaltung unbedingt notwendig erscheint.

---

37) Hanack, S. 48.

38) Unter Samen versteht man bei den Pflanzen bereits das Produkt der Befruchtung, die Zygote.

39) Zimmer, a.a.O., S. 450.

Nur so weit das ethische Prinzip der Unantastbarkeit des Lebens allgemein anerkannt ist, sollte deshalb seine Durchbrechung vom Strafrecht verfolgt werden. In den sozialen Wertvorstellungen der Allgemeinheit ist dies aber überwiegend nur insoweit gegeben, wie es die bisherige typische Normsituation des § 218 StGB zeigt. Die Verhinderung der Nidation der Zygote fällt nicht darunter.

Deshalb dürfte der Sinn und Zweck der Abtreibungsbestrafung, auch unter dem Aspekt des Lebensschutzes, darin zu sehen sein, daß ein gezielter Angriff gegen eine bewußte (oder auch nur vermutete) Schwangerschaft unterbunden werden soll. Durch einen solchen Eingriff wird die Entwicklung werdenden menschlichen Lebens, das schon ins Bewußtsein gedrungen ist, zu einem menschlichen Individuum, einem Menschen, abgebrochen, das heißt abgetötet.

V. ERGEBNIS

Wollte man an der Befruchtung als dem Beginn einer Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB festhalten, so müßte die heute noch für ihn typische Normsituation nunmehr ausgeweitet werden.

Die Nidation genügt aber ebenfalls den der Abtreibung zugrunde liegenden, sozial-ethischen Mindestforderungen der Rechtsgemeinschaft [40]. Ihr entspricht auch die typische Normsituation des § 218 StGB. Um der neuen Lage gerecht zu werden, ist es also nicht erforderlich, auf einer Definition zu beharren, die in Unkenntnis anderer Möglichkeiten früher in der Theorie erarbeitet worden war.

War vorher noch als Zwischenergebnis ein non liquet in der Auslegung festzustellen, so haben jetzt die unter dem Aspekt des tatsächlichen Lebensschutzes angestellten Überlegungen aufgezeigt, daß es dem heutigen Sinn und Zweck des Gesetzes besser gerecht wird - und somit die Norm des § 218 StGB so auszulegen ist - daß die Eigenschaft als Leibesfrucht mit der Nidation beginnt. Eine andere Auslegung der Norm würde heute kaum mehr von den Rechtsgenossen verstanden werden.

Die Natur selbst verschwendet im Verlauf des Fortpflanzungsvorgangs millionenfach zelluläres menschliches Leben, nämlich lebende Spermien, um durch nur eines davon die Befruchtung der Eizelle zu erreichen. Auch nach der Konzeption kommen natürlicherweise 50 % der befruchteten Eizellen nicht zur Nidation [41]. Dagegen betragen in der Embryonalphase die Verluste nur etwa 10 %, um dann in der Fetalphase auf 4 % zurückzugehen [42].

Aus diesem Grund, und weil auch die Menschheit - nicht erst in unserer Zeit - den Grundsatz der Unantastbarkeit des menschlichen Lebens an sich "niemals ganz ernst genommen hat" [43] [44], sollten die Juristen es sich

---

40) vgl. das Zwischenergebnis S. 78.

41) Döring, S. 28; Zimmer, a.a.O., S. 452, beide mit weiteren Nachweisen.

42) Zimmer, a.a.O., S. 452 f.

43) Bockelmann V, S. 215.

44) z.B. Zwangsimpfung, obwohl mit einem gewissen Prozentsatz von Dauerschäden und Todesfällen gerechnet werden muß; die medizinische Indikation; die Anerkennung der Lehre vom "erlaubten Risiko".

sehr überlegen, ob sie es verantworten können, diese Lage außer acht lassend, die typische Normsituation des § 218 StGB auszuweiten. Denn mit dem Festhalten an der bisherigen Auslegung des Begriffs Leibesfrucht wird ein praktikabler und ethisch vertretbarer Weg der Geburtenregelung für die Zukunft verschlossen [45].

Solange eine wirklichkeitsnahe Auslegung nach der Teleologie der Norm möglich ist und nicht einmal Gründe der Rechtssicherheit entgegenstehen, sollte diese gewählt werden, um dem Vorwurf der Weltfremdheit zu entgehen.

45) vgl. Schwalm, a.a.O., S. 1557.

Kapitel 7

SEKUNDÄRE GRÜNDE DES ABTREIBUNGSVERBOTS UND NIDATIONSZEITPUNKT

I. DER BEVÖLKERUNGSPOLITISCHE GESICHTSPUNKT

Die Fragwürdigkeit des bevölkerungspolitischen Arguments ergibt sich schon daraus, daß nicht die Abtreibung, sondern die Geburtenregelung am stärksten die Geburtenzahl und damit das Problem einer geordneten Generationsfolge beeinflußt [1]. Es läßt sich offensichtlich - angesichts der heutigen Fortschritte in den Möglichkeiten und der Verbreitung der Geburtenregelung - auch schon aus praktischen Gründen nicht mehr aufrecht erhalten. In Konsequenz daraus müßte also gegen die Geburtenregelung vorgegangen werden.

Es fragt sich aber überhaupt, ob der Staat auf die Vermehrung seiner Bürger direkt Einfluß nehmen darf. Niemand wird zwar der Staatsführung das Recht bestreiten, mittelbar die Bevölkerungsvermehrung zu steuern [2]; die unmittelbare Einflußnahme ist ihr jedoch entzogen. Denn letzten Endes hätte sonst der Staat bei der Gefahr einer ungesunden Bevölkerungswachstumsentwicklung das Recht, auch Zeugung und Geburt zu befehlen [3]. Umgekehrt könnte er dann in Zeiten drohender Übervölkerung die Geburtenregelung in jeder Form erzwingen.

Daß der Staat dazu ein Recht hat, kann niemand ernstlich behaupten. Es dürfte außer Zweifel stehen, daß dies zu weitgehende Eingriffe in die Intimsphäre des einzelnen sind und damit die Grundrechte der freien Entfaltung

---

1) vgl. Hanack, S. 41.

2) z.B. durch soziale Leistungen, wie Wohnungsbau, Mutterschutz, Steuerermäßigungen, Kindergeld.

3) So in der Tat Ebbinghaus (FamRZ 59, 93): "Natürlich würde ein beliebiger Zwang zum Geschlechtsverkehr zum Zwecke der Erzielung von Nachkommen gegen das Recht der Menschheit verstoßen. Beschränkt man aber den Zwang auf ein bestimmtes Kindersoll für zeugungstüchtige Ehegatten, so ist nicht einzusehen, warum der Staat nicht in Zeiten, wo der Bevölkerungsschwund ihn in seiner (die allgemeine Rechtssicherheit bedingenden) Existenz bedroht, zu diesem Notmittel sollte greifen dürfen ...".

der Persönlichkeit und der Menschenwürde verletzt wären. Derartige Regelungen könnten also nicht rechtmäßig sein. Sie wären auch aus praktischen Gründen nicht durchsetzbar.

Der Staat darf also nur durch indirekte Maßnahmen Bevölkerungspolitik betreiben; "ein Staat, der die Empfängnisverhütung hinnimmt, kann hier nur durch Sozialmaßnahmen, nicht aber durch Strafvorschriften gegen die Abtreibung, ernsthaft Einfluß nehmen" [4].

Zudem sind Befürchtungen, daß die Bevölkerung allmählich ausstirbt, unbegründet, denn solange die sozialen und wirtschaftlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind, besteht der natürliche Wunsch nach Kindern [5].

Im Gegenteil ist heute, dank den Fortschritten der Medizin, nicht das Problem der Unter- sondern das der Überbevölkerung der Erde drängend [6] [7]. Für die Industriestaaten tritt dies zwar noch nicht als Ernährungsproblem auf, aber für sie stellt sich, angesichts der zunehmenden Rationalisierung und Automatisierung, die Frage der Arbeitsplatzbeschaffung [8] und im Zusammenhang damit das Problem der besseren Ausbildung [9].

Das Verbot der Abtreibung ist also für den bevölkerungspolitischen Aspekt ohne wesentliche Bedeutung. Schon deshalb kann das Abtreibungsverbot des § 218 StGB nicht mit utilitaristischen Argumenten, wie "populationistisches Interesse" oder "Lebenskraft des Volkes" begründet werden.

---

4) Hanack, S. 41.

5) Dies zeigt sich deutlich am Beispiel der BRD und der DDR. In der DDR, die den höchsten Anteil der Welt an arbeitenden Frauen hat, besteht ein Geburtenüberschuß von nur 3,1 ‰ gegenüber 7,2 ‰ in der BRD ("Der Spiegel" Jg. 66 Nr. 46 S. 90 f).

6) vgl. Schubnell, "Bevölkerungsentwicklung und Geburtenregelung".

7) Auf den jetzt noch ketzerisch wirkenden Gedanken, daß einmal die Übervölkerung in der Praxis alle Argumente hinwegschiebt und zur völligen Freigabe der Abtreibung zwingen könnte, kann hier nur hingewiesen werden. Immerhin haben bereits Völker, die am drängendsten unter der Überbevölkerung leiden, die Abtreibung gänzlich freigegeben (z.B. Japan).

8) Bauer, S. 38.

9) Jürgens, S. 91, weist auf die Benachteiligung der Kinderreichen hin.

Abgesehen davon läßt sich für solche "dem Bereich des Politischen bedenklich nahekommende" Gründe [10] de lege lata im Gesetz keine Stütze finden.

Somit ist also auch die Frage des Beginns der Abtreibung nicht aus bevölkerungspolitischen Gründen zu entscheiden.

---

10) Maurach, Besonderer Teil, S. 53. Es sei hier auch nochmals auf die negative Entwicklung im Dritten Reich (Verordnungen von 1943) hingewiesen.

II. DIE GESUNDHEITSPOLITISCHEN BEDENKEN

Gewichtiger erscheint dagegen der Zweck, durch das Verbot der Abtreibung solle auch Gesundheit, Fortpflanzungsfähigkeit [11] und Leben der Frau geschützt werden; also das gesundheitspolitische Ziel.

In der Medizin steht heute fest, daß die neuen nidationshemmenden Mittel nicht gesundheitsschädlich sind, auch nicht bei langzeitigem Gebrauch [12]. Vom Gesichtspunkt der Gesundheitsprophylaxe aus bestehen demnach keine Bedenken gegen die Verwendung dieser Mittel [13].

Fraglich ist aber, inwieweit § 218 StGB überhaupt von gesundheitspolitischen Gründen beeinflußt werden darf. Der einzelne Bürger muß mit Rücksicht auf sich selbst und die Allgemeinheit gesundheitliche Eingriffe und Beschränkungen hinnehmen. Teilweise werden sie ihm sogar seines eigenen oder des Allgemeinwohls wegen zwangsweise auferlegt [14]. Ebenso wie der Staat schon durch § 226a StGB Auswüchse beschneidet, müßte er auch Uneinsichtige vor den Gefahren selbstzugefügter grober Gesundheitsbeschädigungen bewahren dürfen. Daraus könnte man schließen, daß der Staat aus gesundheitspolitischen Gründen generell strafbewährte Normen solcher Art aufstellen darf.

Dieser Schluß ist zu vordergründig. Im Strafrecht gibt es keine Norm, die die bloße Selbstbeschädigung der eigenen Gesundheit unter Strafe stellt. Ist doch nicht einmal ihre schwerste Form, der Selbstmord (-versuch) strafbar ! Stets sind es Dritte (§ 226a StGB), die sich trotz Einwilligung des Verletzten strafbar machen, oder die Selbstverletzung der Gesundheit ist im Einzelfall

---

11) Der BGH (BGHSt 20, 81) hat entschieden, daß de lege lata die Sterilisation nicht strafbar ist. Das ist ein Indiz dafür, daß die Erhaltung der Fortpflanzungsfähigkeit nicht Zweck des § 218 StGB sein kann.

12) Für die Intrauterinpessare vg.. Kirchhoff, DÄBl 66, 2137 und 2322; die Berichte der ersten und zweiten IUCD-Konferenz (Tietze - Lewit und Segal - Southam - Shafer). Auch die neuen amerikanischen und schwedischen Pillen werden für gesundheitsunschädlich gehalten; das zeigt sich darin, daß sie bereits in klinischen Versuchen an Frauen getestet werden.

13) vgl. oben S. 11 ff.

14) z.B. Impfzwang, Einweisung in eine Entziehungsanstalt.

wegen einer speziellen Zweckbezogenheit auf Interessen der Allgemeinheit unter Atrafe gestellt [15].

Es kann also im Gegenteil davon ausgegangen werden, daß der Staat das unbeschränkte Verfügungsrecht über den eigenen Körper nicht beschneidet, solange dabei der Eigentäter selbstverantwortlich handelt. Im Falle der Abtreibung können demnach gesundheitspolitische Ziele allenfalls bei der Fremdabtreibung (§ 218 Abs. III StGB) Normzwecke sein. In der Tat sind an fast allen Abtreibungen Dritte Beteiligt [16]. Aber ist denn die Abtreibung gesundheitsschädlich ?

Gern wird heute noch argumentiert, daß die Freigabe der Abtreibung bei uns zu ebenso katastrophalen Folgen führen würde, wie in der Sowjetunion von 1920 bis 1936 [17]. So wird immer noch die Meinung verbreitet, daß die Quote der Todesfälle auch bei einer de lege artis durchgeführten Schwangerschaftsunterbrechung erschreckend hoch sei [18], und "daß selbst die mit medizinisch einwandfreier Technik durchgeführte Schwangerschaftsunterbrechung nach ärztlichem Wissen einen schweren psychischen und physischen Eingriff bedeutet" [19].

In neueren Veröffentlichungen wird diese Ansicht nicht mehr vertreten. Sie weicht mehr und mehr einer durch Zählen exakt feststellbaren realistischen Betrachtung [20]. Die Gefahren der Schwangerschaftsunterbrechung wurden bisher überschätzt. Heute wird "eine erhebliche Reduzierung akuter Komplikationen und Spätfolgen" beobachtet und "das Operationsrisiko bei der Interruptio ist geringer als bei der normalen Geburt" [21]. Dem Eingeweihten

---

15) so die Selbstverstümmelung nach § 17 WStG.

16) Es stehen 565 wegen § 218 Abs. III StGB verurteilten Tätern nur 382 Täter des § 218 Abs. I StGB gegenüber (Statistisches Bundesamt Wiesbaden).

17) In der UdSSR war zwischen 1920 und 1936 die Schwangerschaftsunterbrechung ohne Beschränkung freigegeben. Dies führte zu großen Mißständen. 1936 wurden daraufhin im wesentlichen wieder strenge Bestimmungen eingeführt. Sie galten freilich nur bis 1954. Seither ist die Schwangerschaftsuntersuchung wieder praktisch ohne Beschränkung möglich (vgl. Heiss, S. 211 ff und Schmidt, Marianne, S. 52 ff).

18) Gesenius I, S. 160, spricht von 1,4 - 1,9 % (!);
Fischer, S. 146, von 15 000; vgl. Hanack, S. 43.

19) Hanack, S. 42; vgl. Gesenius I, S. 162.

20) vgl. dagegen "Berliner Ärzteblatt" 64, 308 ff.

21) Heiss, S. 37; so auch Harmsen, S. 42.

mußten deshalb schon seit langer Zeit Zweifel kommen, "ob es - vom Risiko her - noch berechtigt sei, in traditioneller Weise Studenten der Medizin und im Risiko lebende Frauen vor den schweren Gefahren quoad vitam zu warnen, die mit einer kriminellen Abtreibung verbunden seien"[22].

Allerdings darf die heute stärker hervortretende Gefahr von psychischen unmittelbaren oder Spätschäden, die sich aus einer Schwangerschaftsunterbrechung entwickeln können, nicht übersehen werden [23]. Solche psychischen Schäden entwickeln sich aber erst, wenn eine Frau weiß, daß sie werdendes Leben, das sie in sich trägt, abtötet. Diese Kenntnis kann sie jedoch erst haben, wenn sich erste Anzeichen einer Schwangerschaft bei ihr einstellen[24].

Medizinisch-psychologisch und damit vom gesundheitspolitischen Zweck aus gesehen ist also allenfalls ein Eingreifen des § 218 StGB ab dem Beginn einer Schwangerschaft erforderlich.

Bei der Anwendung von nidationshemmenden Mitteln besteht diese Gefahr einer psychischen Schädigung nicht, da die Belastung der Psyche durch eine bewußte gezielte Abtötung der Leibesfrucht nicht gegeben ist; denn vor der Nidation kann keine Frau von einer eventuell erfolgten Befruchtung wissen[25]. Sie wird auch niemals erfahren, ob es überhaupt zu einer Befruchtung gekommen ist, ob die Zygote nicht schon aus natürlichen Gründen abging oder ob das nidationshemmende Mittel wirksam wurde.

Der gesundheitspolitische Zweck des § 218 StGB - soweit er überhaupt anerkannt werden kann [26] - rechtfertigt es also zur Zeit allenfalls, ab der Nidation und nicht schon mit der Befruchtung die Abtreibung unter Strafe zu stellen.

---

22) "Berliner Ärzteblatt" 64, 308.

23) vgl. die Diss. von Hofer; Harmsen, S. 43.

24) Dies ist im allgemeinen das Ausbleiben der monatlichen Regelblutung.

25) Auch die neue schwedische Pille würde keine Gefahren für die Psyche aufweisen, wenn sie vor der erwarteten Menstruation eingenommen wird (vgl. oben S. 13).

26) Im Gesetz selbst findet sich kein Anhaltspunkt dafür.

III. ABTREIBUNGSVERBOT UND ÖFFENTLICHE SITTLICHKEIT

Schließlich steht der hier vertretenen Auslegung des § 218 StGB nicht das Argument entgegen, daß das Verbot der Abtreibung "auch der Ordnung auf sexuellem Gebiet" [27] dient und dadurch Unzuträglichkeiten im sozialen Bereich vermieden werden.

Zwar kann ohne Verstoß gegen die auch den Gesetzgeber "verpflichtende Trennung von Recht und Moral" [28] hier berücksichtigt werden, daß durch eine völlige Freigabe der Abtreibung "in erheblichem Maß ungünstige Auswirkungen im sozialen Raum" [29] zu befürchten seien. Weil "die Furcht vor Schwangerschaft erneut herabgesetzt wurde", sei in den vor- und außerehelichen und auch in den ehelichen Geschlechtsbeziehungen eine "weitere Lockerung" beziehungsweise "größere Sorglosigkeit gegenüber unerwünschter Empfängnis" [30] zu erwarten.

Das bestätigt nur, daß die Abtreibung nicht freigegeben werden darf. Die Duldung der neuen Geburtenregelungsmittel durch den Staat läßt jedoch das Abtreibungsverbot tatsächlich unberührt.

In unserer pluralistischen Gesellschaft ist auch "eine die Sexualität diskriminierende Ethik ... gewiß längst nicht mehr Allgemeingut der Bürger" [31]. Da man heute in weiten Kreisen dem Sexus freier und aufgeschlossener gegenübersteht, und dies "für die Ehe wie die außerehelichen Beziehungen" [32] gilt, rechtfertigt es nach heute überwiegender Auffassung der Zweck, einer "sittlichen Verwilderung" vorzubeugen nicht, deshalb schon den Gebrauch von (neuen) Geburtenregelungsmitteln zu unterbinden [33]. Gerade das aber mußte als erstes geschehen, um einer sittlichen Verwilderung vorzubeugen.

---

27) Eckl, S. 79.
28) Hanack, S. 45
29) Hanack, S. 46.
30) Hanack, S. 46.
31) Bauer, S. 32.
32) Bauer, S. 32.
33) Zur Anerkennung von subjektiven Wertentscheidungen durch das Grundgesetz, vgl. Bauer, S. 24 ff.

Richtiger erscheint deshalb als Zweck des § 218 StGB, nicht schon die Geschlechtsbeziehungen selbst zu beeinflussen, sondern allein die erhöhte Gefährdung einer daraus hervorgegangenen Leibesfrucht zu verhüten; denn dieses wäre zweifellos die unmittelbare Folge einer Aufhebung des Abtreibungsverbots.

Kapitel 8

GRUNDGESETZ UND SCHUTZ DER LEIBESFRUCHT

Jede Auslegung eines Gesetzes steht unter dem Vorbehalt der Verfassung. Das heißt, das Ergebnis der Auslegung muß mit der Verfassung vereinbar sein [1]. Auch eine Auslegung, die an sich richtig ist, muß nicht stets im Einklang mit der Verfassung stehen. Ist dies der Fall, dann ist die Norm verfassungswidrig, wenn keine andere Auslegung möglich ist.

Es gilt also nunmehr festzustellen, ob unser Auslegungsergebnis (Beginn der Eigenschaft als Leibesfrucht mit der Nidation) verfassungskonform ist, oder ob nicht das Grundgesetz für § 218 StGB im Bereich unserer Frage zu einer anderen Auslegung zwingt.

I. DIE BEDEUTUNG DER GRUNDRECHTE DES GRUNDGESETZES FÜR DIE LEIBESFRUCHT

1. Die Leibesfrucht und die Grundrechte der Art. 1 Abs. I und 2 Abs. II S. 1 GG

Im Verfassungsschrifttum wird heute überwiegend die Meinung vertreten, daß bereits der Leibesfrucht selbst (dort meist als "Nasciturus" bezeichnet) die Grundrechte der Menschenwürde (Art. 1 Abs. I GG) und das Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. II S. 1 GG zustünden [2]. Dies bejaht, würde die weitere Frage aufwerfen, wie dann eine Verwirklichung des Schutzanspruches ausgestaltet sein müßte.

Einzige Begründung der h.M. unter den Verfassungsinterpreten für ihre Behauptung ist, daß dem Nasciturus deshalb Menschenwürde und eigenes Recht auf Leben zukomme, weil das Leben des Menschen bereits mit der

---

1) Zum Problem der verfassungskonformen Auslegung vgl. Bogs, Harald.

2) vgl. statt vieler Maunz - Dürig Art. 1 Abs. I Rdn. 24; Art. 2 Abs. II Rdn. 21. Anderer Ansicht Hamann I, S. 73 und S. 85; Wernicke, Bonner Kommentar Art. 1 (Erstbearbeitung) Erl. II 1b zweifelnd Zippelius, Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung) Art. 1 Rdn. 22; Kern I, S. 59.
Das Bundesverfassungsgericht hat dazu bis jetzt noch nicht entschieden.

Zeugung beginne, und "der allgemein menschliche Eigenwert der Würde unabhängig von der Realisierung beim konkret existierenden Menschen ist" [3]. Somit wäre "das vom Staat geduldete ... Töten eines Kindes im Mutterleib ... bereits nach Art. 1 Abs. I GG Verfassungsunrecht" [4]. Mit gleicher Begründung wird vertreten, daß der Nasciturus auch Inhaber des Grundrechts von Art. 2 Abs. II S. 1 GG sei [5]. Abgesehen davon, daß diese naturwissenschaftliche Begründung kein Präjudiz für das Recht ist [6], ist dies auch biologisch nicht richtig [7].

Im verfassungsrechtlichen Schrifttum selbst sind Gegenstimmen vorhanden. Wernicke [8] legt dar, daß Menschenwürde nur der lebende Mensch haben könne, denn das "Da-sein", das Leben, als "wichtigstes Merkmal menschlicher Individualität", fehle der Leibesfrucht. Deshalb und auch nach der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. II GG falle der Nasciturus nicht unter Art. 1 Abs. I und Art. 2 Abs. II GG.

In der Tat ist es nach der Sachlage, wie sie die Materialien offenlegen, keineswegs selbstverständlich, daß der Nasciturus unter Art. 2 Abs. II GG fallen sollte [9]. Der im Hauptausschuß des parlamentarischen Rates zu Art. 2 Abs. II GG beantragte Zusatz, "das keimende Leben wird geschützt", wurde mit Stimmenmehrheit abgelehnt, nachdem in der Debatte keine Einigung darüber erzielt werden konnte, ob durch die bestehende Formulierung: "Jeder hat das Recht auf Leben", auch das werdende Leben geschützt sei. Wernicke, dem sich Waider anschließt [10], ist deshalb darin zu folgen, daß man, angesichts des gerade nicht geklärten Widerspruchs, den Gegenstimmen nicht unterstellen kann, "daß die mit der Stimmabgabe erklärte Ablehnung

---

3) Maunz - Dürig Art. 1 Abs. I Rdn. 23.
4) Maunz - Dürig Art. 1 Abs. I Rdn. 24.
5) Maunz - Dürig Art. 2 Abs. II Rdn. 21 mit weiteren Nachweisen.
6) vgl. die Ausführungen oben S. 38 ff.
7) vgl. dazu oben S. 50 ff und 74 f.
8) Wernicke, Bonner Kommentar (Erstbearbeitung) Art. 1 Erl. II 1b; Art. 2 Erl. II 2b; Hamann I, S. 85.
9) Siehe dazu im einzelnen die Darstellung der Protokolle bei Wernicke, Bonner Kommentar (Erstbearbeitung) Art. 2 Abs. II Erl. II 2b.
10) Waider, S. 145 f.

nur besagen sollte, der Satz werde für überflüssig gehalten [11].

Da sich die damals vorliegende Normsituation bis heute nicht verändert hat, dürfte der Wille des Verfassungsgesetzes auch jetzt noch derselbe sein. Eine extensive Auslegung des Art. 2 Abs. II S. 1 GG ist daher nicht zulässig. Der Nasciturus ist also verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. II GG nicht geschützt.

Mag auch - was zweifelhaft und eine bloße Behauptung ist - der Begriff "Leben" in Art. 2 Abs. II S. 1 GG rein natürlich aufzufassen sein, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß auch die Leibesfrucht, weil sie bereits Leben hat, "jeder" im Sinne des Art. 2 Abs. II S. 1 GG ist.

Zweifelhaft erscheint auch eine einseitige Beschränkung des Begriffs Leben allein auf die naturwissenschaftlichen (biologisch - physiologischen) Gegebenheiten des Keimes [12] [13] deshalb, weil damit die soziale Komponente völlig ausgeklammert wird.

Tatsächlich würde dann dieses Grundrecht auf den status negativus, auf seine Abwehrfunktion beschränkt bleiben müssen. Daß dies nicht sein kann, ergibt sich schon aus dem Sozialauftrag des Staates nach Art. 20, 28, 79 Abs. III GG. Der Begriff Leben des Art. 2 Abs. II S. 1 GG steht daneben noch unter Einwirkung der Generalnorm des Art. 1 Abs. I GG, durch den jedem Grundrecht der Zusatz "menschenwürdig" hinzugefügt wird [14].

Eine "einzelne Verfassungsbestimmung", wie hier Art. 2 Abs. II S. 1 GG darf deshalb "nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden", sondern nur im Zusammenhang der Verfassungsgrundsätze und des Verfassungsgefüges [15].

Durch Art. 2 Abs. II S. 1 GG wird also das Leben nicht nur negativ als biologische, sondern auch positiv als ökonomische Existenz geschützt. Eine Beschränkung des Begriffs Leben allein auf bloße biologisch-physiologische

---

11) Wernicke, a.a.O., Satz 4.
12) so Maunz - Dürig Art. 2 Abs. II Rdn. 9.
13) vgl. dazu oben S. 74 f.
14) Maunz - Dürig Art. 2 Abs. II Rdn. 9; vgl. dazu auch Zippelius, Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung) Art. 1 Rdn. 17 mit weiteren Nachweisen.
15) BVerfG 1, 14 ff.

Gegebenheiten des Körpers erscheint deshalb nicht richtig, da sie zu einseitig ist.

Menschenwürde wird allgemein nur bereits lebenden Menschen zuerkannt [16]. Dies folgt aus Art. 1 Abs. I GG, der den Menschen als Träger dieses Grundrechts bezeichnet, und aus dem Begriff der Menschenwürde.

Zwar konnte bis jetzt weder die Menschenwürde selbst, noch die Grenze dessen, was jeweils noch menschenwürdig ist, generell-abstrakt eindeutig bestimmt werden. Aber allgemein liegt die Definition von Menschenwürde auf der Linie, wie sie Zippelius formuliert [17]: "Würde ist ihrem Inhalt nach der spezifische Wert, der dem Menschen als einem zur sittlichen Selbstbestimmung fähigen Wesen zukommt".

Dieser spezifische Wert ist relativ und wandlungsfähig, und nur im Zusammenhang mit den jeweiligen sozialen Wertanschauungen der Allgemeinheit zu ermitteln. Deshalb muß Menschenwürde auf die Stellung des Menschen in der Gemeinschaft, also auf die Außenbeziehungen des einzelnen zu anderen erstreckt werden [18].

Träger der Menschenwürde ist demnach nur, wer die Fähigkeit für diese Voraussetzungen hat. Auch Früh- und Verfallsformen des Menschen (also auch Säuglingen und Geisteskranken) ist wohl Menschenwürde zuzuerkennen, aber nur im Rahmen ihrer jeweils beschränkten Möglichkeiten, da sie wenigstens anlagemäßig über diese Fähigkeiten verfügen und zumindest teilweise Außenbeziehungen haben [19].

---

16) von Mangoldt - Klein, S. 150; Hamann I, S. 70;
Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung) Art. 1 Rdn. 17 mit weiteren Nachweisen.
Anderer Ansicht Maunz - Dürig Art. 1 Abs. I Rdn. 23.

17) Zippelius, Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung) Art. 1 Rdn. 22;
ähnlich Maunz - Dürig Art. 1 Abs. I Rdn. 18.

18) Hamann I, S. 70; Wernicke, Bonner Kommentar (Erstbearbeitung)
Art. 1 Erl. II 1a; Maunz - Dürig Art. 1 Abs. I Rdn. 18; BVerfG 4, 7.

19) so auch Zippelius, Bonner Kommentar (Zweitbearbeitung) Art. 1 Rdn. 23,
der aber zweifelt, die Grenze weiter auszudehnen; weitergehend Maunz - Dürig Art. 1 Abs. I Rdn. 23, 24.

Der Nasciturus hat aber auch dann noch keine direkten Umweltbeziehungen, wenn die Bildung seines Zentralorgans bereits begonnen hat, also die "geistige Komponente" der Menschenwürde schon anlagemäßig vorhanden ist [20]. Er ist noch nicht in das Leben eingetreten, ist noch nicht Mitglied der menschlichen Sozialgesellschaft und Rechtsgemeinschaft.

Deshalb ist Wernicke zuzustimmen, daß dem Nasciturus, da ihm so verstanden das "Da-sein", das Leben, als das "wichtigste Merkmal der menschlichen Individualität fehlt", keine Menschenwürde zukommt [21].

Allerdings hängt es dann vom Zufall des Zeitpunkts der Geburt ab, ab wann jemand Träger der Menschenwürde sein kann. Dies ist aber keine willkürliche Abgrenzung, sondern eine Folge der Naturtatsache, daß der Mensch eben erst mit der Geburt volles Mitglied der menschlichen Gemeinschaft wird.

2. Der Mensch als alleiniger Träger der Grundrechte

Aus Artikel 1 Abs. II GG und dem Wesen der Grundrechte ergibt sich, daß der Mensch erst mit der Geburt Träger von Grundrechten sein kann [22].

Die Grundrechte haben sich als Abwehrrechte zum "Schutz des einzelnen gegen den als allmächtig und willkürlich gedachten Staat" herausgebildet [23]. Jeweils an solchen Schnittpunkten der Beziehungen im Spannungsfeld zwischen Staat, Gemeinschaft und einzelnen, wo die Hauptinteressen eines Menschen betroffen werden, also an den Brennpunkten dieses Machtkampfes formten

---

20) vgl. dazu oben S. 50 ff.

21) Wernicke, Bonner Kommentar (Erstbearbeitung) Art. 1 Erl. II 1b. Deshalb geht auch der Versuch zur Widerlegung Wernickes (in Maunz - Dürig Art. 2 Abs. II Rdn. 21aa) an der Sache vorbei, weil in Verkennung der Natur der Argumente Wernickes, diese als "medizinisch unhaltbar" bezeichnet werden. Unbestritten hat die Leibesfrucht biologisch gesehen eigenes, wenn auch abhängiges Leben. Aber die Formulierung Wernickes ist gerade nicht auf diese biologische Tatsache bezogen, sondern in obigem Sinn zu verstehen.

22) Auch das Grundgesetz selbst zeigt dies durch das "darum" in Art. 1 Abs. II GG.

23) Leibholz - Rinck, S. 39;
so auch BVerfG 7, 204 f.

sich die Grundrechte aus [24].

Das zeigt sich auch darin, daß der Kreis der Grundrechte nicht unabänderlich und exklusiv ist. Neue Grundrechte tauchen auf und werden in die Verfassung aufgenommen; bereits in ihr stehende können wieder verschwinden. Je nachdem, ob der Interessenzusammenprall überragend hervortritt [25] oder an Bedeutsamkeit verliert [26].

Aus der Aktualität der Grundrechte folgt, daß sie nur für diejenigen bedeutsam sind, die eines derartigen Schutzes bedürfen. Das sind aber - und nur ! - alle bereits geborenen Menschen, da sie allein als Mitglieder der menschlichen Gesellschaft auch Mitglieder der Rechtsgemeinschaft sind. Es wäre doch verwunderlich und wohl auch willkürlich, im Nasciturus zwar grundsätzlich einen Träger von Grundrechten zu sehen, ihm dann aber doch fast alle Grundrechte und sonstigen Rechte vorzuenthalten, wie es tatsächlich in unserer Rechtsordnung geschieht [27].

---

24) Mag auch vielleicht im überpositiven Recht ein in sich geschlossenes Wertsystem von Grundrechten vorhanden sein, im Grundgesetz jedenfalls sind nur die Grundrechte aufgenommen, die, wie sich aus ihrer Geschichte ergibt, heute praktische Bedeutung als Interessenkonfliktspunkte haben. Die Grundrechte des Grundgesetzes bilden deshalb kein in sich geschlossenes Wertsystem.
(Forsthoff I, S. 35 ff; vgl. auch Anm. 25).

25) neu sind z.B. die Grundrechte des Art. 1 Abs. II und Art. 3 Abs. II.

26) siehe dazu ausführlich Maunz, S. 92. Wegen der hier besonders gravierend fühlbar werdenden Beeinträchtigung durch den Staat hat sich das Recht auf Eigentum zu einem Grundrecht erhoben; in gleicher Weise könnte sich z.B. auch einmal die Vertragsfreiheit (§ 305 BGB) zu einem Grundrecht entwickeln.

27) So wird in Lehre und Rechtsprechung dem Nasciturus das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. I GG allgemein nicht zuerkannt. "Selbstverständlich ist, daß alle natürlichen Personen Grundrechtsträger des ... Art. 2 Abs. I" sind (Maunz - Dürig Art. 2 Abs. I Rdn. 22). "Beim Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. I decken sich Grundrechtsträgerschaft und Rechtsfähigkeit im Sinn des § 1 BGB" (Maunz - Dürig Art. 2 Abs. I Rdn. 66 Anm. 2); so auch Nipperdey, S. 776 "Rechtsträger dieses Grundrechts ist, wer rechtsfähig ist".
Ebenso ist es z.B. mit Art. 14 GG (Eigentum).

Es kann somit davon ausgegangen werden, daß die Leibesfrucht nicht Träger von Grundrechten ist. Wen aber die Grundrechte nicht betreffen, für den können sie auch keine Aussagekraft haben. Aus den Grundrechten können demnach weder eine Lösung unserer Frage entnommen, noch überhaupt Schutzpflichten des Staates gegenüber der Leibesfrucht abgeleitet werden [28].

Die Grundrechte des Grundgesetzes zwingen also nicht zu einer bestimmten Auslegung des § 218 StGB. Es kann aus ihnen auch kein Anhaltspunkt zur Frage des Beginns der Leibesfrucht im strafrechtlichen Sinn entnommen werden. Damit steht fest, daß unsere Auslegung des § 218 StGB insoweit keinen Widerspruch zum Grundgesetz zeigt.

28) Damit dürfte die Ansicht von Maunz - Dürig (Art. 2 Abs. II Rdn. 22b) "wenn es die Strafvorschrift des § 218 StGB nicht gäbe, müßte sie - vom verfassungsrechtlichen Standpunkt aus - der Gesetzgeber einführen" zumindest in dieser Kompromißlosigkeit widerlegt sein.

II. RECHTSSTAATLICHE BEDENKEN GEGEN DIE BEIBEHALTUNG DER HERRSCHENDEN AUSLEGUNG DES § 218 StGB

1. Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung

Grundsätzlich steht es dem Gesetzgeber frei, ob und wie er eine Norm erlassen will [29]. Doch ist diese Freiheit selbst nicht schrankenlos; sie steht unter dem Vorbehalt der Verfassung. Im Rahmen des ihm vom Grundgesetz eingeräumten weiten Ermessensspielraums darf der Gesetzgeber Rechtsnormen also nur unter Beachtung der diesen Behandlungsgegenstand betreffenden Verfassungsgrundsätze gestalten.

Werden diese Grenzen mißachtet, so muß das Bundesverfassungsgericht die Bestimmung für verfassungswidrig erklären [30]. Analog dazu ist im Bereich der Rechtsanwendung der Interpret eines Gesetzes bei der Auslegung ebenso an die Beachtung der einschlägigen Verfassungsgrundsätze gebunden [31]. Er darf die Norm nur dann anwenden, wenn sie verfassungskonform ausgelegt werden kann, beziehungsweise es muß von mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige gewählt werden, die am besten der Verfassung gerecht wird.

Eine einmal gewonnene verfassungskonforme Auslegung braucht nicht immer unverändert zu bleiben. Da die zu subsumierenden Sachverhalte sich wandeln und wechseln, muß auch die Interpretation im Falle einer Änderung stets neu überprüft werden. Zeigt sich eine Diskrepanz, so ist unter Einbeziehung der neuen Gesichtspunkte, die sich aus der veränderten Normsituation ergeben, die Auslegung zu erneuern.

---

29) Auf die Frage im einzelnen einzugehen, unter welchen Umständen der Gesetzgeber einen Sachverhalt gesetzlich regeln darf, würde hier zu weit führen. Vgl. z.B. Hamann II, S. 25, Anm. 1.

30) Art. 93 Abs. I Nr. 2 GG §§ 13 Nr. 6, 78 BVGG.

31) Das Bundesverfassungsgericht kann eine bestimmte Auslegung als verfassungskonform herausstellen.

2. Das Rechtsstaatprinzip als Begrenzungsbegriff fur staatliche Eingriffe und seine Auslegungsbedürftigkeit im Einzelfall

Überall, wo staatliches Handeln in den Lebensbereich des Bürgers dringt, wo es Eingriffe (im weiten Sinn des Wortes) in seine Interessensphäre zur Folge hat, stehen die Staatsgewalten unter dem Diktat des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört das Rechtsstaatsprinzip "zu den elementaren Grundsätzen des Grundgesetzes" [32]; denn "das Grundgesetz bekennt sich in Artikel 20 Abs. III und 28 Abs. I ausdrücklich zum Rechtsstaat" [33]. "Sein Kern ist stets die Freiheitsidee, die Sicherung einer Individualsphäre gegenüber der Allmacht des Staates" [34].

Der Rechtsstaat darf heute nicht mehr nur im Sinn des Positivismus des 19. Jahrhunderts aufgefaßt werden. Denn nicht schon dann, wenn sich alles formell nach dem Gesetz vollzieht, ist es auch der Sache nach in Ordnung. Ein so verstandener Gesetzespositivismus höhlt "das Gesetz zur bloßen Hülse für jeden beliebigen Inhalt aus" [35]. Bloße Formalien schützen nicht vor materiellem Unrecht. Dies hat die jüngste Vergangenheit im Exzeß bewiesen.

Deshalb wird heute der Rechtsstaat nicht mehr "nur auf die Form staatlichen Handelns" bezogen, sondern "er bedeutet ein Bekenntnis zu ganz bestimmten materiellen Grundwerten" [36]. Der Rechtsstaat hat also eine formelle und eine materielle Komponente; sie ergänzen sich gegenseitig.

Die formelle Seite wird besonders auf dem Gebiet wirksam, wo der Staat in die Freiheit seiner Bürger eingreift. Sie kann mit dem Schlagwort "Eingriffsverwaltung" bezeichnet werden. Den Schwerpunkt im materiellen Inhalt zeigt der Rechtsstaat dagegen dann, wenn die Obrigkeit gewährend tätig wird. Dieser Bereich wird durch den Begriff "Daseinsvorsorge" umschrieben.

---

32) BVerfG 1, 14 (18).
33) BVerfG 1, 14 (45).
34) Lange I, S. 62; so auch Bockelmann III, S. 176 f und Scheuner, S. 249 f, der aber "schrankenlosen Individualismus" (S. 248) ablehnt.
35) Lange I, S. 66.
36) Scheuner, S. 248.

Während es im Bereich der Daseinsvorsorge wesentlich ist, Gleichheit und Gerechtigkeit zu beachten, können bei Rechtseingriffen, insbesondere in die Freiheit des einzelnen, nur besonders gut ausgebaute formelle Verfahren mit klaren Bestimmungen die Beachtung der Kriterien für einen solchen Eingriff gewährleisten. Der Rechtsstaat ist hier also "Begrenzungsbegriff" [37].

So hat das Rechtsstaatsprinzip gerade im Strafrecht fundamentale Bedeutung, denn in keinem anderen Rechtsgebiet zeigt sich der Eingriffscharakter staatlichen Handelns deutlicher als hier. Deshalb haben hierzu besonders wichtige Ausformungen des Rechtsstaats als formelles Prinzip im Grundgesetz ihren Niederschlag gefunden: Art. 103, 104 GG.

Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes zwingt somit dazu, gerade im Bereich des Strafrechts, den Richter streng an gesetzliche Formen zu binden (Art. 104 Abs. I, II GG), um die Rechtssicherheit des Bürgers garantieren zu können. Vom Gesetzgeber fordert es darum klare, der Sachlage angemessene formelle Gesetzesbestimmungen: Art. 103 Abs. II, III. Daß diese Grundrechte nicht allein den Inhalt des für das Strafrecht bedeutsamen Rechtsstaatsprinzips ausmachen, ist evident.

Das Rechtsstaatsprinzip ist im Grundgesetz expressis verbis nur in Art. 28 Abs. I angeführt und dort noch mit dem Zusatz "sozial" (Art. 20 Abs. I GG) versehen. Es ist zwar tragendes Prinzip, ist eine Grundentscheidung unserer Verfassung [38], enthält jedoch "keine in allen Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote und Verbote von Verfassungsrang, sondern ist ein Verfassungsgrundsatz, der der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten bedarf" [39].

In der Praxis muß deshalb, wenn eine Gesetzesbestimmung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsstaates geprüft wird, untersucht werden, ob im Einzelfall diese oder jene Strafnorm beziehungsweise ihre Auslegung den sie betreffenden rechtsstaatlichen Prinzipien genügt [40]. Dazu müssen zuerst aus dem unbestimmten Rechtsbegriff Rechtsstaat das oder die jeweils auf diese sachlich-rechtlichen Verhältnisse bezogenen Elemente des Rechtsstaats abgeleitet werden. Erst dann kann an ihnen die fragliche Bestimmung und ihre Auslegung gemessen werden.

---

37) Stohlmann, S. 37 ff.
38) BVerfG 1, 18; Stohlmann, S. 37.
39) BVerfG 7, 92 f.
40) BVerfG 7, 93; Stohlmann, S. 37.

Es gilt deshalb zuerst, die rechtlichen Auswirkungen der sachlichen Gegebenheiten zu klären, die sich ergeben, wenn angesichts der Anwendung nidationshemmender Mittel die herrschende Auslegung des § 218 StGB beibehalten wird.

3. Der Wandel des Deliktscharakters vom Erfolgs- zum abstrakten Gefährdungsdelikt in einem Teilbereich des § 218 StGB

Wer eines der hier in Frage stehenden Geburtenregelungsmittel anwendet, muß dies mit dem Vorsatz abzutreiben tun [41]. Zwar wird im allgemeinen bei der Verwendung solcher Mittel als Hauptzweck ein folgenloser Geschlechtsverkehr angestrebt, aber um dieses Ziel zu erreichen, wird auch eine Abtreibung in Kauf genommen. Ob dazu das nidationshemmende Mittel führt, also seinetwegen der Erfolg eintritt, bleibt stets ungewiß. Jedoch ist die Wahrscheinlichkeit seines Eintretens wiederum nicht so gering, daß vom bloßen Zufall im Sinn der Wahrscheinlichkeitstheorie [42] gesprochen werden kann [43]. Der Täter handelt also jedenfalls mit bedingtem Vorsatz.

Doch auch unter Beibehaltung der bisherigen Auslegung des § 218 StGB, wonach Abtreibung schon ab der Befruchtung möglich ist, bleibt mit diesem Vorsatz die Verwendung der neuen Geburtenregelungsmittel vor einem Geschlechtsverkehr noch bloße Vorbereitungshandlung, denn es fehlt noch die

---

41) Dazu muß die Wirkungsweise dieser Mittel bekannt sein und der daraus folgende Sachverhalt richtig unter das Tatbestandsmerkmal Leibesfrucht subsumiert werden. Eine falsche Subsumtion könnte hier zu einem Verbotsirrtum führen.

42) Das würde den Vorsatz ausschließen. Vgl. Roxin I, JuS 64, 53 ff und Welzel, S. 62 ff.

43) Aus Vergleichszahlen, die bei religiösen Sekten gewonnen wurden (z.B. die "Hutterischen Brüder"), die keine Geburtenregelung betreiben, weiß man, daß eine Frau in den etwa 25 Jahren, in denen sie befruchtungsfähig ist und regelmäßig Geschlechtsverkehr hat, durchschnittlich 10 Kinder bekommt.

nach dem Tatplan wesentliche Bedingung: der Geschlechtsverkehr [44] [45].

Solchen zu vollziehen, ist zwar in der Regel bereits fest geplant, aber die hierzu unbedingt erforderliche weitere Willensbetätigung, mit der dann tatsächlich "die letzte maßgebliche Entscheidung über das Ob der Tat gefällt wird" [46], ist noch nicht erfolgt. Ohne Geschlechtsverkehr aber kann das werdende Leben keinesfalls gefährdet sein [47]; denn es ist noch nicht konkretisiert, ja noch nicht einmal im Werden begriffen.

Erst mit vollzogenem Geschlechtsverkehr also kann das Angriffsmittel überhaupt als "in tätige Beziehung zum Angriffsgegenstand gesetzt" [48] gedacht werden. Erst dann hat nach natürlicher Auffassung der Täter nach seinem Plan mit der Ausführung dessen begonnen, was einen Erfolg ermöglichen kann: Die Grenze von der straflosen Vorbereitung zum strafbaren Versuch ist überschritten [49]. Ob der Erfolg tatsächlich eintritt, liegt nicht mehr im

---

44) Der Entschluß zur Tat hängt hier nicht vom jeweils einzelnen tatsächlichen Geschlechtsverkehr ab, denn sonst würde ein Dauermittel zur Geburtenregelung wohl nicht angewendet. Er ist bereits vorher mit der Verwendung endgültig gefaßt, so daß schon damit ein echter Vorsatz gegeben ist und nicht bloß "bedingtes Wollen" (vgl. dazu Schmid, ZStW, Bd. 74, S. 48 ff und Less, Goltdammer's Archiv 1956, S. 33 ff; Schönke - Schröder § 43 Rdn. 3, 3a).

45) Wie überwiegend Rechtsprechung und Lehre stellt auch der E 1962 bei der Abgrenzung Vorbereitung - Versuch weitgehend auf den Gesamtplan des Täters ab (vgl. Lang-Hinrichsen, S. 18 ff; Bockelmann II, S. 135 ff).

46) Bockelmann II, S. 146 f.

47) vgl. zur Gefährdung des Rechtsguts BGHSt 2, 380.

48) BGHSt (zit. nach Schwarz - Dreher, 28. Aufl., § 43 Anm. 1 C).

49) Zwar neigt der BGH dazu, den Beginn der Ausführung vorzuverlegen je höherwertig das Rechtsgut ist, aber solange eine Gefährdung des Rechtsguts begrifflich nicht möglich ist, weil es noch nicht einmal im Werden begriffen ist, kann auch der Versuch nicht weiter vorverlegt werden.

Einflußbereich des Täters. Der Versuch der Abtreibung beginnt also bei vorheriger Verwendung von nidationshemmenden Mitteln mit dem Geschlechtsverkehr.

Wenn bei Erfolgsdelikten der Erfolg der Straftat ausbleibt, aber die Tat schon über das Vorbereitungsstadium hinausgediehen ist, wird nur wegen Versuchs dieses Delikts bestraft. Ist im konkreten Fall das Objekt nicht tauglich, so erfolgt die Bestrafung wegen untauglichen Versuchs. Gleiches gilt, wenn der Erfolg der Tat und die Tauglichkeit des Objekts zwar gegeben sein mögen, sie dem Täter aber nicht nachgewiesen werden können.

Dies ist bei der Verwendung von nidationshemmenden Mitteln stets der Fall. Denn solange ein befruchtetes Ei sich noch nicht nidiert hat, solange also noch keine Schwangerschaft eingetreten ist, kann die Tatsache einer eventuell erfolgten Befruchtung weder der Frau selbst bekannt sein, noch medizinisch nachgewiesen werden [50]. Es muß deshalb stets im Dunkeln bleiben, ob es überhaupt zu einer Befruchtung kam, ob im Falle einer Befruchtung die Zygote natürlicherweise nicht nidierte oder ob das verwendete nidationshemmende Mittel wirksam wurde. Damit steht fest, daß in einem ganz genau bestimmten Bereich des § 218 StGB immer nur wegen untauglichen Versuchs bestraft werden kann, wenn man der h. M. folgt.

Die Abtreibung ist ein Erfolgsdelikt. Bei Erfolgsdelikten ist die Versuchsbestrafung nur als Auffangbestimmung für die Fälle gedacht, in denen der Erfolg aus irgendwelchen Gründen entfällt, aber die Handlung für sich auch als strafwürdig empfunden wird. Die Bestrafung wegen Versuchs tritt jedoch nicht nur ein, wenn der Erfolg tatsächlich ausgeblieben ist, sondern auch dann, wenn im Einzelfall der Nachweis der Erfolgsverursachung nicht geführt werden kann [51]. Sie ist somit als minus zum Erfolg gedacht, dessen Eintritt als der Regelfall anzusehen ist. Denn der Schwerpunkt liegt bei Erfolgsdelikten in der Ahndung des eingetretenen Erfolgs.

---

50) Solange keine Verbindung zwischen Zygote und maternem Gewebe besteht, sind keine Schwangerschaftstests erfolgreich möglich, da noch keine hormonalen Veränderungen stattgefunden haben.

51) Ausfluß des Prinzips "in dubio pro reo".

nach dem Tatplan wesentliche Bedingung: der Geschlechtsverkehr [44) 45)].

Solchen zu vollziehen, ist zwar in der Regel bereits fest geplant, aber die hierzu unbedingt erforderliche weitere Willensbetätigung, mit der dann tatsächlich "die letzte maßgebliche Entscheidung über das Ob der Tat gefällt wird" [46)], ist noch nicht erfolgt. Ohne Geschlechtsverkehr aber kann das werdende Leben keinesfalls gefährdet sein [47)], denn es ist noch nicht konkretisiert, ja noch nicht einmal im Werden begriffen.

Erst mit vollzogenem Geschlechtsverkehr also kann das Angriffsmittel überhaupt als "in tätige Beziehung zum Angriffsgegenstand gesetzt" [48)] gedacht werden. Erst dann hat nach natürlicher Auffassung der Täter nach seinem Plan mit der Ausführung dessen begonnen, was einen Erfolg ermöglichen kann: Die Grenze von der straflosen Vorbereitung zum strafbaren Versuch ist überschritten [49)]. Ob der Erfolg tatsächlich eintritt, liegt nicht mehr im

---

44) Der Entschluß zur Tat hängt hier nicht vom jeweils einzelnen tatsächlichen Geschlechtsverkehr ab, denn sonst würde ein Dauermittel zur Geburtenregelung wohl nicht angewendet. Er ist bereits vorher mit der Verwendung endgültig gefaßt, so daß schon damit ein echter Vorsatz gegeben ist und nicht bloß "bedingtes Wollen" (vgl. dazu Schmid, ZStW, Bd. 74, S. 48 ff und Less, Goltdammer's Archiv 1956, S. 33 ff; Schönke - Schröder § 43 Rdn. 3, 3a).

45) Wie überwiegend Rechtsprechung und Lehre stellt auch der E 1962 bei der Abgrenzung Vorbereitung - Versuch weitgehend auf den Gesamtplan des Täters ab (vgl. Lang-Hinrichsen, S. 18 ff; Bockelmann II, S. 135 ff).

46) Bockelmann II, S. 146 f.

47) vgl. zur Gefährdung des Rechtsguts BGHSt 2, 380.

48) BGHSt (zit. nach Schwarz - Dreher, 28. Aufl., § 43 Anm. 1 C).

49) Zwar neigt der BGH dazu, den Beginn der Ausführung vorzuverlegen je höherwertig das Rechtsgut ist, aber solange eine Gefährdung des Rechtsguts begrifflich nicht möglich ist, weil es noch nicht einmal im Werden begriffen ist, kann auch der Versuch nicht weiter vorverlegt werden.

4. Das Verbot des Formenmißbrauchs als rechtsstaatliches Prinzip und seine Auswirkungen auf die Auslegung des § 218 StGB

Durch diesen Wandel des Deliktcharakters wird also Zweck und Ziel des § 218 StGB den Abtreibungserfolg zu bestrafen, verschoben, und die strafrechtliche Verfolgung eines abstrakten Gefährdungsdelikts auf dem Umweg über die Versuchsbestrafung eines Erfolgsdelikts angestrebt. Was nunmehr nach dem Verbotsziel als tatwesentlich angesehen werden muß, nämlich praktisch nur den Handlungsunwert der Verwendung von Abtreibungsmitteln strafrechtlich zu erfassen, das entspricht im Unrechtsgehalt gänzlich dem Tatbestand eines abstrakten Gefährdungsdelikts. Es ist aber in die Form des Versuchs gekleidet mit der eigenartigen Folge, daß die Geschlechtspartner mit jedem Geschlechtsverkehr eine versuchte Abtreibung begehen [54], während von einer Verfolgung des eigentlichen Abtreibungserfolgs stets abgesehen wird.

Dies ist mit den rechtsstaatlichen Anforderungen an eine Strafgesetzgebung nicht vereinbar. Denn eine als Erfolgsdelikt angelegte Strafnorm, die über die Versuchsbestrafung in einem genau abgegrenzten Teilbereich, der hier mit dem Anfangszeitpunkt der Normwirkung beginnt, den Charakter eines abstrakten Gefährdungsdelikts annimmt, verstößt gegen das rechtsstaatliche Prinzip des Verbots des Formenmißbrauchs [55].

Doch ist der Gesetzgeber gerade im Strafrecht, wo es um Eingriffe in die Freiheit des Bürgers geht, gehalten, seine Ziele offen darzulegen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht für den Erlaß neuer Strafvorschriften bereits ausgesprochen [56]. Gleiches gilt auch für die Auslegung von Gesetzen.

Wenn das Gesetz den menschlichen Keim schon ab der Befruchtung durch ein Erfolgsdelikt schützen will, aber aus tatsächlichen Gründen niemals auch nur die Möglichkeit eines eventuellen Erfolgs im Sinn des § 218 StGB nachweisbar ist, dann darf die Auswirkung dieser Sachlage nicht im Wege der Auslegung durch schrankenlose Anwendung der Versuchsbestimmung zu diesem Erfolgsdelikt ignoriert und unterlaufen werden. Man muß sich dazu entschließen, diesen Schutz in einer strafrechtlichen Form zu verwirklichen,

---

54) Dabei ist der Vorsatz des männlichen Partners gesondert zu prüfen.
55) vgl. Lerche, S. 44 Anm. 74; Krüger, DVBl 55, 793.
56) BVerfG 17, 306 ff.

die sachgerecht ist. Dies ist hier das abstrakte Gefährdungsdelikt [57].

Die Verwendung jeder anderen Form, um diese Konsequenz zu umgehen, ist ein "Mißbrauch strafrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten" [58] und als solcher mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar.

Der als Erfolgsdelikt konzipierte § 218 StGB ist jedenfalls in seiner jetzigen Form mit der Versuchsregelung dazu nicht geeignet. Ein Erfolgsdelikt kann nicht zugleich auch ein abstraktes Gefährdungsdelikt sein. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an ihre Voraussetzungen sind zu verschieden. So unterscheidet sich zum Beispiel die Schwere der angedrohten Strafe bei einem abstrakten Gefährdungsdelikt deutlich von der des dazu passenden Erfolgsdelikts [59].

"Wenn der Gesetzgeber sein Ziel erreichen will, muß er seine Gebote und Verbote unmittelbar an den Täter richten. Jedenfalls darf er nicht eine Rechtsgestaltung wählen, die die Täter auf einem Umweg trifft" [60]. Diese in einem ähnlichen Fall, der sogenannten "Mitfahrerzentralenentscheidung" ergangenen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts [61] enthalten allgemeine Grundgedanken zum rechtsstaatlichen Prinzip des Verbots des Formenmißbrauchs. Sie sind auch auf die Auslegung von Strafrechtsnormen anzuwenden, selbst wenn erst durch nachträgliche Änderung der Normsituation die Konzeption des Gesetzes seiner bisherigen Auslegung nicht mehr gerecht wird.

Durch die generelle Beschränkung auf die Versuchsbestrafung kann der stets erforderliche Nachweis der Kausalität umgangen werden. Die Kausalität ist jedoch "ein ungeschriebenes allgemein vorauszusetzendes Tatbestandsmerkmal aller Erfolgsdelikte" [62]; der Tatnachweis ist ein Grundprinzip

---

57) Die Frage zu erörtern, ob der Gesetzgeber de lege ferenda ein solches abstraktes Gefährdungsdelikt errichten darf oder soll, würde hier zu weit führen.

58) BGH in BVerfG 17, 318.

59) vgl. z.B. §§ 306, 330a StGB.

60) BVerfG 17, 306 ff.

61) Dort wurde ein Satz aus einer Gesetzesbestimmung für verfassungswidrig erklärt, weil der Gesetzgeber unter Verschleierung seiner wahren Ziele das Täter - Gehilfenverhältnis umgekehrt hatte (BVerfG 17, 306 ff).

62) Maurach, Allgemeiner Teil, S. 425.

unseres Strafrechts. Über die Versuchsregelung und § 44 Abs. I StGB wäre jedoch der Verdachtsstrafe Tür und Tor geöffnet, und die, einem der Abtreibung entsprechenden abstrakten Gefährdungsdelikt gesteckte, Strafrahmengrenze überschreitbar [63].

So hatte beispielsweise noch das bayStGB von 1813 eine Bestimmung enthalten, wonach der wegen vollendeter Abtreibung bestraft wurde, wer mit Abtreibungsvorsatz dazu taugliche Mittel angewendet hatte, wenn ein Abgang erfolgt war. Ein Nachweis, daß diese Mittel tatsächlich den Abgang herbeigeführt hatten, war nicht erforderlich [64]. Damit sollten, wie den Anmerkungen zum bayStGB zu entnehmen ist [65], die Schwierigkeiten umgangen werden, die sich bei der Abtreibung dem Nachweis der Kausalität meist entgegenstellen. Dabei war durchaus erkannt worden, daß "dieses Verbrechen mehr in der Linie des Versuchs als der Vollendung, daher im Grade der Strafbarkeit niedriger" steht [66].

Heute ist man einhellig der Ansicht, daß eine solche "praesumptio juris et de jure" [67], also eine derartige Kausalitätsvermutung im Strafrecht nicht zulässig ist, weil sie zur Verdachtsstrafe führt. Derartiges ist mit rechtsstaatlichen Prinzipien nicht vereinbar. Die Parallele zu unserer Sachlage ist offensichtlich.

Es geht nicht an, Sachverhalte, die nur reine Versuchstatbestände abgeben, durch die Konstruktion als Versuch eines Erfolgsdelikts, dessen Vollendung rechtlich niemals eintritt, weil sie tatsächlich niemals nachweisbar ist,

---

63) Die Bindung des Richters an feste und begrenzte Strafrahmen ist eine Auswirkung des Grundsatzes "nulla poena sine lege", der seinerseits auf das Gewaltenteilungsprinzip zurückgeht (vgl. dazu Stree, "Deliktsfolgen und Grundgesetz" und Grünwald, ZStW Bd. 76, S. 1 ff).

64) Art. 172 bayStGB von 1813: "Wenn eine Mutter, welche mit einem unzeitigen oder todten Kinde niedergekommen ist, zuvor äußere oder innere Mittel, welche eine zu frühzeitige Entbindung oder den Tod der Frucht im Mutterleibe bewirken können, in rechtswidrigem Vorsaze angewendet hat, so ist dieselbe der Strafe vier- bis achtjährigen Arbeitshauses unterworfen" (Anmerkungen zum bayStGB, S. 40).

65) Anmerkungen zum bayStGB, S. 41.

66) Anmerkungen zum bayStGB, S. 41.

67) (Ehinger -) Kimmig, S. 32; Horch, S. 24.

über die rechtsstaatlichen Grenzen der für sie eigentlich zutreffenden abstrakten Gefährdungsdelikte hinwegzuheben. Es verstößt "jede der Sachlage zuwiderlaufende Gesetzesgestaltung, die die wahren Absichten des Gesetzgebers verschleiert, gegen das Rechtsstaatsprinzip; sie hält sich nicht im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung und ist deshalb nichtig" [68].

Eine bereits bestehende strafrechtliche Norm, bei der in einem Teilbereich dieser Fall nachträglich eingetreten ist, muß deshalb aber noch nicht ganz verfassungswidrig sein. Das Bundesverfassungsgericht hat in feststehender Rechtsprechung entschieden [69], daß, solange noch eine verfassungskonforme Auslegung der fraglichen Bestimmung möglich ist, ihre Anwendung auf die durch eine verfassungskonforme Auslegung gezogene Grenze beschränkt bleiben muß. In diesem Bereich bleibt das Gesetz verfassungsgemäß.

Nur die hier erarbeitete Auslegung [70], nach der entgegen der h.M. die Eigenschaft als Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB mit der Nidation beginnt, vermeidet die Verfassungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen das rechtsstaatliche Prinzip des Verbots des Formenmißbrauchs. Sie allein ist deshalb verfassungskonform.

---

68) BVerfG, 17, 318.

69) BVerfG 2, 282; vgl. Leibholz - Rinck, Einleitung Rdn. 4 mit weiteren Nachweisen; als praktisches Beispiel vgl. BVerwG 18, 250.

70) vgl. oben S. 70 ff. (insbes. S. 82 f.).

Schlußbemerkung

ZUSAMMENFASSUNG UND VERGLEICH MIT DEM RECHT DES AUSLANDS

Teleologische Auslegung und dogmatische Untersuchung zu § 218 StGB haben ergeben, daß die bisherige herrschende Auslegung dieses Paragraphen nicht aufrechterhalten werden kann.

Dem Sinn und Zweck der Abtreibungsbestrafung wird durch die hier erarbeitete Auslegung voll entsprochen. Nach ihr beginnt die Eigenschaft als Leibesfrucht im Sinn des § 218 StGB erst mit der Nidation. Aus dogmatischen Gründen jedoch ist, angesichts des Charakterwandels der Norm in einem festumrissenen Teilbereich, bedingt durch die Beschränkung auf den Versuch, die herrschende Auslegung nicht mehr haltbar. Sie verstößt in ihren Folgen gegen das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes. Nur die hier vertretene Auslegung vermeidet diesen Verfassungsverstoß.

Moderne teleologische Auslegung und Dogmatik rechtfertigen also das hier erarbeitete Ergebnis: Die Nidation grenzt Geburtenregelung und Abtreibung im Strafrecht voneinander ab. "Durch Verschmelzung von Ei und Samen allein entsteht noch keine Frucht, sondern erst durch die Einnistung in der Gebärmutter" [1]. Zur Geburtenregelung sind also alle Mittel und Methoden zu rechnen, die ihre Wirkung vor der erfolgten Nidation entfalten. Abtreibung ist erst mit vollzogener Nidation möglich.

Dieses Ergebnis ist in der Sache keine grundlegend neue Erkenntnis. Es bestätigt für den Bereich des deutschen Strafrechts die im Ausland schon weitverbreitete gleiche Meinung.

Zwar liegen darüber noch keine Abhandlungen aus juristischer Feder vor, aber die Tatsache, daß zum Beispiel die verbreitete Verwendung von Intrauterinpessaren in vielen Ländern, in denen die Abtreibung sehr wohl bestraft wird, nicht strafrechtlich verfolgt wird, kann abgelesen werden, daß auch dort die Abtreibung erst ab der Nidation angenommen wird.

---

1) Schwarz - Dreher, 29. Aufl., § 218 Anm. 1.

Einen eindrucksvollen Beweis dafür liefern die Berichte der "World Health Organisation" [2] und die Veröffentlichungen der "first and second international conference of intra-uterine Contraceptive devices" (1962 und 1964) in den USA [3]. In diesen Konferenzen berichteten neben Amerikanern auch Ärzte aus anderen Nationen über ihre Erfahrungen und die Verbreitung von nidationshemmenden Geburtenregelungsmitteln (Intrauterinpessare) in ihren Ländern.

Einziges juristisches Zeugnis [4] ist der "Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches" vom 4. Mai 1962 [5]. In seinem Artikel 230 "Straftaten gegen die Familie" unter der Sektion 230.2 "Abtreibung" in Absatz 7 wird ausdrücklich die Verwendung von "schwangerschaftsverhütenden" Geburtenregelungsmitteln "gleichviel ob die Festsetzung des befruchteten Eies in der Gebärmutter verhütet werden oder die Schwangerschaft auf andere Weise vor oder bei oder unmittelbar nach der Befruchtung verhindert werden soll" [6], als keine Abtreibung bezeichnet.

Diese Auslandspraxis und ihr Niederschlag im obigen Entwurf sollte auch bei uns durch Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht unberücksichtigt bleiben oder mit dem Hinweis auf angebliche Unterschiede abgetan werden. Denn "entweder man beweist exakt jene angeblichen Unterschiede zu anderen Nationen ... oder aber man gibt zu, daß hier Zweifel bestehen. Dann muß man jedoch - wenn man den Rahmen rechtsstaatlichen Denkens nicht sprengen will - auch die Folgerung daraus ziehen, was hier bedeutet, daß der Gesetzgeber die Strafbarkeit ... nicht erklären darf" [7].

Angesichts der großen Vorzüge der neuen Geburtenregelungsmittel für die Bekämpfung der Gefahr der Übervölkerung und der grassierenden Abtreibungsseuche "sollten wir Juristen es uns sehr überlegen, ob wir es verantworten

---

2) World Health Organisation, Bericht der -
3) siehe Tietze - Lewit und Segal - Southam - Shafer
4) Neuestens soll in Schweden ein Sondergesetz erlassen worden sein, das Versuche mit der neuen schwedischen Pille ermöglicht ("Stern" Jg. 1967 Heft 40). Durch dieses Gesetz wird der Abtreibungsparagraph eingeschränkt.
5) Honig, Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches.
6) Entwurf (siehe Anm. 5) 230.2 Abs. 7.
7) Klug, S. 279 (dort allerdings zum Problem der Bestrafung der Homosexualität).
8) Schwalm, a.a.O., S. 1557.

können, mit dem Festhalten an der bisherigen Auslegung des Begriffs Leibesfrucht uns einer billigen, unschädlichen und sozialethisch noch einigermaßen vertretbaren Möglichkeit der Geburtenregelung entgegenzustellen" [8].

8) Schwalm, a.a.O, S. 1557.

LEBENSLAUF

Am 3. Oktober 1939 wurde ich als drittes von vier Kindern des Notars Dr. Hanns Forster und seiner Ehefrau Thilde Forster, geb. Schmitt, in Landshut geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Meine Kindheit verbrachte ich in Landshut, wo ich auch vom September 1945 bis Juli 1950 die Volksschule besuchte. Anschließend trat ich in das Humanistische Gymnasium Landshut ein, an dem ich im Juli 1959 die Reifeprüfung ablegte.

Im Oktober 1959 wurde ich zur Bundeswehr einberufen und im März 1961 als Leutnant d. R. entlassen.

Vom Sommersemester 1961 an studierte ich an der Universität München Rechtswissenschaft und bestand hier nach sieben Semestern im Dezember 1964 die erste juristische Staatsprüfung.

Seit März 1965 stehe ich im Vorbereitungsdienst für Referendare. Von November 1965 bis Juni 1967 war ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Kriminologie der Universität München tätig.

Seit August 1965 bin ich verheiratet.